Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte.

Von

Dr. Moriz Wellspacher
Professor in Innsbruck.

Wien, 1906.
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
I., Kohlmarkt 20.

Hd 1328

Buchdruckerei der Manzschen k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung in Wien.

Meinem Vater gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung VII

Erster Teil.

Der Schutz des Vertrauens auf äußere Tatbestände im modernen bürgerlichen Recht.

I. Besitz und Grundbuch 1

II. Künstliche äußere Tatbestände . . 22

1. Das Vereinsregister 22
2. Das Heiratsregister 26
3. Das Güterrechtsregister 34
4. Der Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis . . 49

III. Natürliche äußere Tatbestände 58

1. Die Urkunde 58
   A. Die Schuldurkunde . 60
   B. Die Zessionsurkunde 70
   C. Vollmacht und Vollmachturkunde . . . 79
2. Andere äußere Tatbestände 95

IV. Ergebnisse. Das englische Recht . . 114

Zweiter Teil.

Der Schutz des Vertrauens auf äußere Tatbestände im österreichischen bürgerlichen Recht.

I. Besitz und Grundbuch . 121

1. Geschichtliches . . . 121
   A. Das Naturrecht 121
   B. Das ältere österreichische Recht 132
   C. Das preußische Landrecht . . . 139

Seite
2. Das bürgerliche Gesetzbuch 141
A. Das Publizitätserfordernis beim Erwerbe dinglicher Rechte am Fahrnis 141
B. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes und die deutsche Fahrnisklage 167
C. Das fahrnisrechtliche Vertrauensprinzip. Der § 824 BGB. 179
II. Die Publizitätsfunktion der Schuldurkunde 190
III. Die offene Vollmacht und die Vollmachtvermutungen des BGB. 211
IV. Der Schutz des gutgläubigen Dritten im ehelichen Güterrechte 258
V. Das Prinzip des Vertrauensschutzes und seine Grundlage im Naturrechte 267

Einleitung.

Seit dem Emporkommen der modernen kapitalistischen Wirtschaftsordnung setzt mit immer steigender Kraft die Tendenz ein, die Verkehrssicherheit durch Normen zu schützen, welche den Zusammenhang der Rechtsstellung des Dritten mit ihm unbekannten und unkennbaren internen Faktoren ausschalten und für den Dritten äußere Erscheinungsformen von Rechten und Rechtsverhältnissen als maßgebend erklären.

In vielen Punkten führt dieses Verkehrsrecht zu Erscheinungen, die dem mittelalterlich-deutschen Rechte eigentümlich sind. „Die Fortbildung des Privatrechts", so lehrt Brunner[1]), „beruht darin, daß die typische Ausprägung der Rechtssätze abgeschwächt oder abgestreift wird und neben der Form der rechtsgeschäftliche Wille zu größerer Berücksichtigung gelangt. Dabei macht sich nicht selten eine Spaltung zwischen der inneren und der äußeren Seite der Rechtsverhältnisse geltend, indem im Interesse des Rechtsverkehrs zu Gunsten Dritter an der typischen Ausprägung mehr oder minder festgehalten wurde, ein Gegensatz, der bislang für einzelne Institute des modernen Handelsrechtes hervorgehoben zu werden pflegte, aber auch das sonstige deutsche Privatrecht in den verschiedenen Stadien seiner Entwicklung durchdringt."

Es ist ein absichtliches Zurückkehren zur Oberfläche, welches auf vielen Gebieten des modernen Rechts zu Tage

---

[1]) Grundzüge d. deutschen Rechtsg., S. 168.

tritt und jene merkwürdige Ähnlichkeit mit dem Rechte primitiver Kulturstufen erzeugt, eine Ähnlichkeit, die sich ja auch in anderen Zweigen des Volkslebens erkennen läßt.[2]) Wenn das junge Recht sich an äußere Momente hält, weil ihm das Unterscheidungsvermögen fehlt, um in die Tiefe dringen zu können, so will das moderne Recht von jenen Hintergründen absehen, weil das Zurückgehen auf dieselben mit dem heutigen Rechtsleben unvereinbar wäre. Wie die neuere Rechtswissenschaft hinsichtlich des Verhältnisses von Wille und Erklärung aus den Abgründen psychologischer Forschung allmählich an die Oberfläche der Erklärungs- oder Vertrauenstheorie gelangt ist, wie auf dem Gebiete des Schadenersatzrechtes die Haftung immer mehr losgelöst wird von dem psychischen Elemente des Verschuldens, so zeigen die modernen Rechtsordnungen auch das Bestreben, den Erfolg des rechtsgeschäftlichen Handelns des Dritten unabhängig zu machen von internen Momenten. Dem heutigen Rechtsleben kann nicht die Diligenz auferlegt werden, sämtliche Voraussetzungen eines gesicherten rechtlichen Handelns zu prüfen, und ebensowenig ist es für dasselbe erträglich, daß Rechtsgeschäfte, die allem Anscheine nach ordnungsmäßig vor sich gegangen sind und mit denen wirtschaftlich gerechnet wird, nachträglich aus dem Gesichtspunkte interner, dem Dritten unkennbarer Mängel beseitigt werden.

Wenn man diese moderne Strömung, wie es in neuerer Zeit beliebt geworden ist, mit dem Prädikate der „Oberflächlichkeit" abtun zu können glaubt, so trifft dieser Vorwurf nicht. Dieses Verkehrsrecht will nichts anderes als „oberflächlich" sein; und dann kann jenen Juristen-Philosophen vielleicht auch entgegengehalten werden, daß es kein geringerer als Kant war, der zuerst die Berechtigung des modernen Verkehrsschutzes philosophisch begründet hat.

---

[2]) Vgl. etwa Lamprecht, Deutsche Geschichte, II. Ergbd., S. 259 ff.

Schwerer wiegt das Verdammungsurteil, das A. Menger über diese moderne Entwicklung, soweit sie sich auf das Sachenrecht bezieht, gefällt hat.[3]) Er erblickt darin „einen Sieg des Handelsgeistes über die Eigentumsordnung" und fügt bei: „Dem Proletarier, welcher durch seine Armut dem Mangel preisgegeben ist, hält man die Heiligkeit des Eigentums entgegen. Hier aber, in der Mitte des (deutschen) bürgerlichen Gesetzbuches sollen Bestimmungen ihren Platz finden, durch welche das redlich erworbene Eigentum eine schwerere Beeinträchtigung erleiden muß, als jemals durch die verrufensten Konfiskationen geschehen ist. Denn die Gütereinziehungen, welche gewalttätige Monarchen und Parlamente zu verschiedenen Zeiten verfügt haben, waren doch immer vorübergehende Akte, welche sich nur auf bestimmte Gattungen von Gütern bezogen. Durch die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches wird aber das gesamte Nationalvermögen einer beschränkt, aber stetig wirkenden Enteignung zu Gunsten der Sicherheit des Verkehrs preisgegeben."

Ich glaube, daß das Nationalvermögen derartige Expropriationen zu Gunsten der Sicherheit des Verkehrs sehr leicht zu ertragen vermag und auch schon seit geraumer Zeit ohne merkliche Schädigung erträgt. Was der Festigkeit des Eigentums auf der einen Seite genommen wird, wird ihr auf der anderen gegeben. Die „Sicherheit des Verkehrs" ist kein vom Nationalvermögen verschiedenes Drittes, das das enteignete Gut für sich in Anspruch nimmt, wie jene gewalttätigen Monarchen. Man muß durch eine sehr schwarze Brille blicken, um das moderne Verkehrsrecht in der düsteren Beleuchtung Mengers sehen zu können.

Im ersten Teile dieser Arbeit sollen die unter den Gesichtspunkten des Schutzes des Vertrauens auf äußere Tatbestände gehörigen Erscheinungen der modernen Gesetzeswerke,

---

[3]) Das bürg. Recht u. d. besitzlosen Volksklassen, 3. A., S. 124 ff.

unter denen das deutsche BGB. an erster Stelle steht, behandelt werden; er hat im wesentlichen kritischen und zivilpolitischen Charakter. Im zweiten Teile, der das österreichische Recht behandelt, herrscht die historisch-dogmatische Darstellung vor. Mit dieser Zweiteilung soll natürlich nicht gesagt sein, daß ich das österreichische BGB. nicht zu den modernen Gesetzgebungen rechne — im Gegenteile. Das österreichische Gesetzbuch hat den Vorteil, aus der naturrechtlichen Schule hervorgegangen zu sein, welche die Grundzüge des modernen Verkehrsschutzes schon in klarer und zutreffender Weise festgelegt hatte; es hat daher auch den Vertrauensschutz in weit umfassenderem Maße verwirklicht, als alle späteren Kodifikationen und Entwürfe.

Erster Teil.

Der Schutz des Vertrauens auf äußere Tatbestände im modernen bürgerlichen Recht.

I. Besitz und Grundbuch.

Die germanistische Wissenschaft hat einen Gedanken wieder entdeckt, der schon dem Kantschen Naturrechte und den Redaktoren des österreichischen Gesetzbuches völlig geläufig war[1]), den Gedanken, daß der Besitz hinsichtlich des Verkehrsschutzes im Fahrnisrechte eine ähnliche Rolle spiele, wie das Grundbuch im Liegenschaftsrechte. Man spricht von einer Publizitätsfunktion des Fahrnisbesitzes.[2])

Sieht man zunächst von der eigenartigen Formulierung ab, die dieser Gedanke durch die sogenannte Legitimationstheorie erhalten hat, so beruht derselbe auf folgender Erwägung. Durch den Grundbuchseintrag ist ein äußerer Tatbestand gegeben, an den die moderne Gesetzgebung den Schutz des guten Glaubens knüpft. Der Dritte darf sich auf diesen

[1]) Der Nachweis hiefür wird zu Beginn des zweiten Teiles erbracht werden.

[2]) Vgl. dazu insbesondere Gierke, D. Pr. R., I, § 32, A. 2, II, § 113, 116 u. 134 und die dort zitierten; ferner neuestens Crome im dritten Bande seines Systems, § 356, 377, 381 f. Crome geht hinsichtlich der Gleichstellung von Besitz und Grundbuch wohl zu weit. Der Besitz hat nicht bloß formale Bedeutung wie das Grundbuch, sondern in erster Linie eine wirtschaftliche. Wenn man daher der Grundbuchsberichtigung eine Besitzberichtigung an die Seite stellt (§ 384), so ist das vielleicht doch allzu geistreich.

Tatbestand verlassen, der Inhalt des Grundbuches gilt zu seinen Gunsten als richtig. Diese Bedeutung einer objektiven Grundlage des guten Glaubens kommt im Fahrnisrechte dem Besitze zu. Er ist der normale äußere Tatbestand dinglicher Rechte, in erster Linie des Eigentums. Der Dritte darf sich innerhalb gewisser Schranken darauf verlassen, daß der Besitzer der wahre Berechtigte sei.[3])

Derartigen Gedankengängen begegnen wir auch in den Materialien moderner Gesetzeswerke. Die Motive zum deutschen BGB. (III, S. 344)[4]) führen aus: „Für den Verkehr mit beweglichen Sachen ist es von der größten Bedeutung, dem gutgläubigen Erwerber in der Regel Sicherheit seines Erwerbes zu gewährleisten. Dem gleichen Bedürfnisse wird in dem Immobilienrechte durch den gesetzlichen Schutz des Vertrauens auf die publica fides des Grundbuches entsprochen. Bei beweglichen Sachen bildet an Stelle des Grundbuches die Inhabung und der Besitz des Veräußerers ... die Grundlage des zu schützenden guten Glaubens." Noch schärfer ist diese Auffassung betont im schweizerischen Entwurfe. Er stellt Besitz und Grundbuch in derselben Abteilung des Sachenrechtes zusammen und die „Erläuterungen" bemerken hiezu[5]), die Zusammenstellung rechtfertige sich aus der übereinstimmenden Funktion, die dem Besitz und dem Grundbuch zukomme. Was das Grundbuch für Immobilien, das leiste der Besitz für die Mobilien. Dem Fahrnisbesitze komme in demselben Sinne die Funktion als „Form des Rechtes" zu, wie dem Grundbuchseintrage bei Liegenschaften.

Der Wert dieses legislativen Gedankens läßt sich nur

---

[3]) Außer dem Eigentum kommt noch das Pfandrecht in Betracht. Hier bedarf der gutgläubige Erwerb jedoch noch weiterer objektiver Voraussetzungen. § 1244 d. BGB.; vgl. Gierke, D. Pr. R., II, S. 571.

[4]) Vgl. ferner III, S. 346 u. 347.

[5]) III, S. 351 u. 369, ferner S. 18 ff., 367, und Botschaft des Bundesrates zum II. E., S. 60 f. u. 91 ff.

aus den Folgerungen bemessen, die aus demselben gezogen werden. Eine folgerechte Durchführung desselben würde vor allem verlangen, daß überall dort, wo der Schutz des gutgläubigen Fahrniserwerbes eingreift, an dem Erfordernisse des Besitzes als objektiver Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers festgehalten wird. Ist dieses Erfordernis berechtigt und in welcher Weise haben die modernen Gesetzgebungen demselben Rechnung getragen? Ein Prüfungsmaterial für diese Fragen bietet nur das deutsche Gesetzbuch und der ihm folgende ungarische Entwurf.[6]) Der schweizerische Entwurf führt den Schutz des gutgläubigen Erwerbers in engerem Anschlusse an deutsches Recht im Wege der Einschränkung der Fahrnisklagen durch[7]) und läßt die uns hier interessierende Frage, welche Erwerbsvorgänge diesen Schutz zu begründen geeignet seien, offen.[8]) Dasselbe gilt für das französische Recht, welches die Bedeutung des Besitzes als Legitimation im Fahrnisverkehre durch den bekannten Grundsatz des a. 2279 zum Ausdrucke bringt: En fait de meubles, la possession vaut titre.

Zum Verständnisse der hieher gehörigen Bestimmungen des deutschen Gesetzbuches sei folgendes vorausgeschickt.[9])

---

[6]) Der ungarische Entwurf, § 629, schließt sich den Bestimmungen des deutschen Gesetzbuches fast wörtlich an.

[7]) E. I, A. 976 ff., E. II, A. 972 ff. u. 701, Abs. 2: Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er im Besitze der Sache nach den Besitzregeln geschützt ist (972 bis 975). Dazu Erl. III, S. 369 ff. und Botschaft S. 92 ff. Angesichts dieser Bestimmungen läßt sich die Auffassung Zychas (Zeitschrift f. schw. R., 44, S. 94 ff.), daß der E. eine Eigentumsklage (Vindikation) stillschweigend anerkenne, nicht aufrecht erhalten.

[8]) Vgl. dazu Zycha a. a. O., S. 129 ff.

[9]) Da ich in der österreichischen Jurisprudenz eine allzu eingehende Kenntnis des deutschen Gesetzbuches nicht voraussetzen darf, bin ich hier und später genötigt, die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen meiner Erörterungen klarzustellen.

Das deutsche BGB. kennt neben der ordentlichen Eigentumsübertragung durch Übergabe der Sache (§ 929, Satz 1) noch eine Reihe von Ersatzformen. Als solche Ersatzformen der Übergabe kommen in Betracht:

1. Die Übertragung durch bloßen Übereignungsvertrag, wenn sich der Erwerber zur Zeit der Übereignung bereits im Besitze der Sache befindet (Übergabe kurzer Hand, analog der römischen brevi manu traditio), § 929, Satz 2;

2. die Übereignung durch Besitzkonstitut, wenn sich der Veräußerer im Besitze der Sache befindet und zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz der Sache erlangt (Verwahrungsvertrag, Leihvertrag usw.), § 930. Dabei ist es nach der herrschenden Meinung[10]) gleichgültig, ob sich der Veräußerer selbst im unmittelbaren oder mittelbaren Besitze der Sache befindet. Die Übereignung durch Konstitut ist demnach auch dann möglich, wenn sich die zu veräußernde Sache im Besitze eines Mieters oder Leihers befindet;

3. die Übertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruches, wenn die Sache zur Zeit der Übereignung im Besitze eines Dritten ist (§ 931).

Diese Übereignungsart umfaßt wieder zwei Fälle, je nachdem

a) der Dritte, gegen den sich der Herausgabeanspruch richtet, Besitzmittler (Verwahrer, Leiher) des Veräußerers ist (Übereignung durch Besitzüberweisung) — in diesem Falle kann die Übereignung, wie erwähnt, auch durch Konstitut vor sich gehen — oder

b) dies nicht zutrifft.

---

[10]) Planck, Erl. 2 zu § 930, Biermann zu § 930, Endemann, II, § 80, A. 22; Gierke, D. Pr. R., II, § 133, A. 21; Cosack, II, § 187, Ic.; Dernburg, III, § 102, A. 4. Dagegen Kohler, Arch. f. bürg. R., 18, S. 66 ff., S. 73 ff.

Das deutsche BGB. kennt somit Fälle der Eigentumsübertragung, bei denen der Veräußerer nur mittelbarer oder gar nicht Besitzer ist. Wenn nun das Gesetz von dem Gedanken ausgeht, daß der gutgläubige Erwerb seine rechtfertigende Grundlage in dem Besitze des Veräußerers haben müsse, so folgt daraus ohne weiteres, daß dort, wo auf Seite des Veräußerers ein Besitzstand nicht vorhanden ist, die Übereignung allein den gutgläubigen Erwerb nicht zu begründen vermag. Daran hält denn auch das Gesetz im wesentlichen fest. Es bestimmt:

§ 932. Durch eine nach § 929 erfolgte Veräußerung wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht im guten Glauben ist. In dem Falle des § 929, Satz 2 (Übereignung kurzer Hand) gilt dies jedoch nur dann, wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte.

§ 933. Gehört eine nach § 930 (durch Konstitut) veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.

§ 934. Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so wird der Erwerber, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer der Sache ist (Übereignung durch Besitzüberweisung), mit der Abtretung des Anspruches, anderenfalls dann Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt, es sei denn, daß er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbes nicht in gutem Glauben ist.

Die Fassung dieser Bestimmungen ist nun freilich nicht darnach angetan, die Klarstellung des zu Grunde liegenden legislativen Gedankens zu erleichtern. Um durch die Textierung

zugleich die Beweislast zu regeln, hat man das Erfordernis des guten Glaubens negativ gefaßt, so daß es den Anschein hat, als ob grundsätzlich jeder Erwerb vom Nichtberechtigten geschützt würde — ausgenommen den Fall des schlechten Glaubens. Wenn nun auch trotzdem der Grundgedanke dieser Bestimmungen nicht zu verkennen ist, so ist es doch ein gefährliches gesetzgeberisches Experiment, dem leitenden Motiv aus Rücksichten zweiten Ranges einen verfehlten Ausdruck zu geben und dadurch die Fortentwicklung von vornherein auf eine schiefe Bahn zu drängen.[11]) Im Verlaufe der Darstellung wird sich ergeben, daß diese Formulierung auch in anderen Beziehungen überaus bedenklich ist.

Was nun die einzelnen Übereignungsfälle anlangt, so ist bei der Übergabe kurzer Hand ein gutgläubiger Erwerb nur dann möglich, wenn der Erwerber den Besitz seinerzeit vom Veräußerer erlangt hat: z. B. A hat dem B ein Buch geliehen; C behauptet (mit Unrecht), Eigentümer desselben zu sein und veräußert es dem B. B ist hier nicht geschützt und mit Recht. Sein Vertrauen stützt sich lediglich auf die Behauptung des C, es liegt kein äußerer Tatbestand, kein Besitz vor, welcher geeignet wäre, den guten Glauben des Erwerbers an das Eigentum des Veräußerers zu rechtfertigen.[12]) Nur wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hat, ist „für ihn die Grundlage für das Vertrauen auf das Eigentum des Veräußerers nicht minder gegeben, als wenn die Veräußerung und Übergabe zusammenfielen". (Prot. III, S. 208.)[13])

---

[11]) Vgl. Dernburg, III, § 98; Regelsberger, Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 354 f. Der Textierung des deutschen Gesetzbuches folgt der ungar. Entw., § 629. Anders der schweiz. Entw. II, der die Beweisfrage durch eine Sonderbestimmung regelt (A. 4).

[12]) Vgl. Mot., III, S. 346.

[13]) So auch Planck, Erl. 1b zu § 932; Endemann, § 81, 2; Hachenburg, Vorträge, S. 166.

Anders ist die Sachlage beim Konstitut. Fassen wir zunächst den Normalfall ins Auge, daß der Veräußerer unmittelbarer Besitzer ist, so ist hier offenbar jene objektive Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers gegeben, welche das Gesetz verlangt. Wenn der Schutz des gutgläubigen Erwerbers trotzdem erst mit dem Zeitpunkte eintritt, wo ihm die Sache vom Veräußerer übergeben wird, so müssen dafür Gründe maßgebend sein, die mit der Publizitätsfunktion des Fahrnisbesitzes in dem oben festgestellten Sinne nichts zu tun haben. Im Anschlusse an die ältere Praxis des Reichsgerichtes[14]) wird diese abweichende Behandlung des Konstituts gewöhnlich mit der mangelnden Offenkundigkeit desselben gegenüber dem wahren Eigentümer begründet. Der durch den bona fide Erwerb bedrohte Eigentümer müsse dagegen geschützt werden, daß der ihn treffende Rechtsverlust hinter einem so wenig ersichtlichen Akt wie das constitutum possessorium sich verstecke. (Mot. III, S. 345.)[15])

Ob das besonders praktisch gedacht ist, scheint mir fraglich. Dem Eigentümer gegenüber ist die wirkliche Übergabe der Sache kaum mehr „offenkundig" als das Konstitut und jedenfalls nützt ihm die Ersichtlichkeit des Besitzwechsels nichts, da mit demselben bereits der Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten eingetreten ist.

Auch die weitere Begründung, welche die Motive geben, ist wenig überzeugend: „Durch die Rücksicht auf das bisherige Eigentum komme man dahin, dieses Eigentum so lange fortdauern und die Vindikation so lange durchdringen zu lassen, als die Sache in den Händen einer Person verbleibt, welche der Vindikation unterliegt . . . Eine Unbilligkeit gegen den Erwerber liege nicht vor, da in dem Belassen der Sache in den Händen des Veräußerers eine Vertrauenserweisung

---

[14]) Bd. 19, S. 242; Bd. 27, S. 26 ff.; Bd. 28, S. 41 ff.; Bd. 33, S. 27 ff.

[15]) Vgl. auch Denkschrift, S. 132.

liege, deren Gefahr ohne Unbilligkeit den Vertrauenden trifft." Diese letztere Erwägung mag zur Begründung des Rechtssatzes dienen, daß es sich der Erwerber gefallen lassen muß, daß bei Untreue seines Vertrauensmannes (des Veräußerers) ein gutgläubiger Dritter Eigentum erwirbt. Dafür aber, daß der Erwerber auch die nicht durch seine Vertrauensseligkeit, sondern eben durch die zu rechtfertigende gesetzliche Bestimmung herbeigeführte „Gefahr" der Vindikation zu tragen hat, fehlt es — abgesehen von der in dieser Begründung liegenden petitio principii — an jeder Veranlassung. Und ferner — will man den Verkehr zu Augenblicksübergaben nötigen, um hinsichtlich des Erwerbes von Fahrnis sicher zu gehen?[16]) Damit wäre man auf dem besten Wege zu der sessio triduana einer überwundenen Kulturstufe zurückzukehren.

Die eigenartige Behandlung des Konstituts läßt sich auch nicht auf den allgemeineren Grundsatz zurückführen, daß das Gesetz beim gutgläubigen Erwerb einen offensichtlichen Besitzwechsel verlange.[17]) Wie sofort zu erörtern sein wird, kennt das Gesetz zweifellose Fälle des gutgläubigen Erwerbes, bei denen von einer Offenkundigkeit der Rechtsveränderung keine Rede ist. Es ist auch nicht abzusehen, aus welchem rationellen Grunde die Rechtsordnung heute beim gutgläubigen Erwerb eine Offenkundigkeit gegenüber Dritten verlangen sollte, die sie beim Erwerb vom Eigentümer nicht fordert.[18])

Die Bestimmung des § 933 scheint mir vielmehr aus jenen Bedenken entsprungen, welche man gegen das Konstitut

---

[16]) Vgl. die Rechtsfälle bei Cosack, II, § 199, IV, 3.

[17]) Gierke, Fahrnisbesitz, S. 17, A. 2, in etwas anderer Formulierung, D. Pr. R., II, S. 567. Crome, III, § 382: „Der ganze Akt ermangelt der Offenkundigkeit und kann daher auch gegen Dritte die eigentümliche rechtserzeugende Kraft nicht haben."

[18]) Anders freilich Crome, § 377 f., der bestrebt ist, ein dem Eintragungsprinzip entsprechendes Publizitätserfordernis auch auf dem Gebiete des Fahrnisrechtes zu konstruieren.

im allgemeinen vorzubringen pflegt: die häufige Verwendung dieser Übereignungsform zur Benachteiligung dritter Personen. Von diesem Gesichtspunkte aus aber wäre es richtiger, das Konstitut als solches ungefährlich zu machen, wie dies der schweizerische Entwurf getan hat.[19]) Wenn man aber dieses Rechtsinstitut ohneweiters akzeptiert, dann liegt kein Grund vor, dasselbe gerade hinsichtlich des Verkehrsschutzes anders zu behandeln als die übrigen Fälle, in denen der Veräußerer unmittelbarer Besitzer der Sache ist.

Anders steht es freilich dann, wenn der durch Konstitut Veräußernde nur mittelbarer Besitzer der Sache ist. Hier ist die gesetzliche Regelung allerdings gerechtfertigt, aber aus einem ganz anderen als von den Redaktoren angenommenen Grunde. Da bei dieser Sachlage die Veräußerung auch durch Abtretung des Herausgabeanspruches erfolgen kann, empfiehlt es sich, diese beiden Fälle im Zusammenhange zu erörtern.

Bei der Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruches tritt hinsichtlich des Verkehrsschutzes eine verschiedene Behandlung ein, je nachdem der Veräußerer mittelbarer Besitzer oder Nichtbesitzer ist. Was zunächst den letzteren Fall anlangt, so läßt das Gesetz den Schutz des Erwerbers erst dann eintreten, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt. Die Protokolle (III, S. 209f.) bemerken hiezu[20]): „Wenn jemand bezüglich einer im Besitze eines Dritten befindlichen Sache sich als Eigentümer ausgebe und einem anderen gegenüber erkläre, daß er ihm das Eigentum übertrage und seinen Eigentumsanspruch gegen den Dritten abtrete, so fehle . . . für den anderen jede Grundlage zu dem Ver-

---

[19]) E. II, § 703: Bleibt die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn deren Benachteiligung oder eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.

Der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen.

[20]) So auch Planck, Erl. 2 zu § 934. Crome, III, § 382, A. 26.

trauen, daß er wirklich das Eigentum erwerben werde. Entspreche jedoch der Dritte hinterher dem Verlangen des anderen auf Einräumung des Besitzes der Sache, so müsse dieser hierin eine Anerkennung des Eigentums des Veräußerers erblicken und in diesem Vertrauen dürfe er . . . . nicht getäuscht werden."

Ob damit der Grundgedanke der gesetzlichen Bestimmung richtig wiedergegeben ist, ist fraglich. Wenn die in der Besitzübertragung gelegene Anerkennung den Rechtfertigungsgrund für den gutgläubigen Erwerb bilden würde, dann wäre nicht einzusehen, warum nicht auch eine ausdrückliche Anerkennung seitens des Dritten denselben Dienst zu leisten vermöchte. Davon weiß aber das Gesetz nichts. Es handelt sich hier vielmehr um eine der Sachlage angepaßte Variation des leitenden Gedankens, daß der Besitz die objektive Grundlage des gutgläubigen Erwerbes bilde. Wenn der Dritte die Sache dem Veräußerer herausgeben und dieser sie dem Erwerber nunmehr übergeben würde, so wäre damit der Normalfall hergestellt. Dieser Konstellation muß aber offenbar der Fall gleichgestellt werden, daß der Dritte die Sache direkt dem Erwerber übergibt; aus diesem Grunde vermag die Besitzerlangung vom Dritten die vom Veräußerer zu ersetzen.[21])

Der gutgläubige Erwerber wird Eigentümer, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt. Dieser Besitz kann nun zweifellos auch ein mittelbarer sein.[22]) Dadurch ist zugleich einer jener Fälle gegeben, in denen der gutgläubige Erwerb ohne offensichtlichen Besitzwechsel vor sich geht. Die nachträgliche Besitzerlangung ist vom Gesetze eben nicht gefordert im Interesse der Offenkundigkeit des Besitzerwerbes,

---

[21]) Ähnlich Gierke, D. Pr. R., II, § 134, A. 83.

[22]) Planck a. a. O.; Crome a. a. O.; Cosack, II, § 199, III, 4; Biermann, Erl. 2 zu § 934; Kober, Erl. 1b; Gierke, D. Pr. R., II, § 134, A. 83, Fahrnisbesitz, S. 42, A. 1; a. M. aber ohne Begründung Endemann, II, § 81, A. 21.

sondern von dem Gesichtspunkte aus, daß das Vertrauen des Dritten der objektiven Grundlage des Besitzes bedarf.

In den Fällen, wo der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist, wird der gutgläubige Erwerber sofort mit der Abtretung des Herausgabeanspruches geschützt. Das Gesetz läßt demnach auch den mittelbaren Besitz des Veräußerers als objektive Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers gelten. Ich bezweifle, daß diese Regelung zutreffend ist. Der mittelbare Besitz ist keine Tatsache der Erscheinungswelt, sondern eine juristische Konstruktion, welche die Publizitätsfunktion des Besitzes nicht zu tragen vermag. Was in dieser Beziehung von den Protokollen und von Planck vorgebracht wird, ist nicht geeignet, darüber hinwegzutäuschen. Die Protokolle (III, S. 210) behaupten die Fähigkeit des Veräußerers, dem Erwerber die wirkliche rechtliche Herrschaft zu verschaffen, biete eine ebenso berechtigte Grundlage für das Vertrauen auf das Eigentum des Veräußerers, wie der eigene Besitz des letzteren. Planck (Erl. 1 zu § 934) bemerkt resignierter, das Gesetz erblicke in dem wirklich vorhandenen mittelbaren Besitze des Veräußerers eine ebenso geeignete Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers, wie in dem unmittelbaren Besitze des Veräußerers. Trotz der Betonung der „Wirklichkeit" ist der mittelbare Besitz doch gewiß niemals in dem Sinne „wirklich", wie es der unmittelbare Besitz ist. In Bezug auf „Wirklichkeit" steht der „wirklich vorhandene" mittelbare Besitz nicht höher als der „wirklich vorhandene" Herausgabeanspruch, in dem das Gesetz, wie wir gesehen haben, eine ausreichende Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers nicht erblickt.[23])

Daß diese Regelung auch praktisch zu wenig befriedigenden Resultaten führt, möge folgendes Beispiel zeigen, das zugleich

---

[23]) Der Antrag, beide Fälle gleich zu behandeln, wurde von der zweiten Kommission abgelehnt. Prot. III, S. 209.

auch die verfehlte Behandlung des Konstituts beleuchtet: Der Eigentümer A hat dem B ein Buch geliehen. B veräußert es durch Konstitut an den C. C ist hier trotz seines guten Glaubens und obwohl dieser gute Glaube eine objektive Grundlage in dem unmittelbaren Besitze des B hat, nicht Eigentümer geworden — wie behauptet wird, wegen der mangelnden Offensichtlichkeit des Besitzwechsels. Veräußert nun C die Sache weiter dem D durch Abtretung des ihm gegen B zustehenden Herausgabeanspruches, so wird der gutgläubige D sofort Eigentümer, da C mittelbarer Besitzer ist. Daß das Vertrauen des D gerechtfertigter sei, als das seines Vormannes C, wird sich gewiß nicht behaupten lassen und von einer Offenkundigkeit des Besitzwechsels kann hier ebensowenig die Rede sein.[24]) Dieses widerspruchsvolle Resultat ist dadurch entstanden, daß das Gesetz einerseits im Falle des Erwerbes durch Konstitut vom unmittelbaren Besitzer die Tatsache ignoriert, daß hier das Vertrauen des Erwerbers objektiv gerechtfertigt ist, während das Gesetz andrerseits im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruches in dem bloß mittelbaren Besitze des Veräußerers eine solche objektive Grundlage als gegeben annimmt, obwohl sie nicht vorhanden ist.

Die Behandlung dieser letzteren Fälle ist um so merkwürdiger, als hier, wie erwähnt, noch die Möglichkeit in Betracht kommt, daß der Veräußerer statt durch Abtretung des Herausgabeanspruches durch Konstitut über die Sache verfügt. In unserem Falle kann C dem D die Sache auch durch Besitzkonstitut übereignen. Wählt er diese Übereignungsform, so ist die Stellung des gutgläubigen D ungünstiger; D ist nicht sofort, sondern erst dann geschützt, wenn ihm die Sache nachträglich vom Veräußerer übergeben wird (§ 933). Ein

---

[24]) Endemann freilich findet, daß „das Dazwischentreten des Dritten und dessen rechtliche Gebundenheit hier als ausreichende Verlautbarung"(!) gelte. § 81, 3.

innerer Grund für die verschiedenartige Regelung dieser Fälle ist kaum auffindbar.

Daraus ergibt sich zugleich, daß, wie schon angedeutet wurde, die Bestimmung des § 933 für den Erwerb durch Konstitute vom mittelbaren Besitzer allerdings zutreffend ist. Der Grund hiefür liegt aber nicht in der mangelnden Offenkundigkeit des Konstituts, sondern darin, daß der mittelbare Besitz ungeeignet ist, den unmittelbaren Besitz in seinen Publizitätswirkungen zu ersetzen.

Die konsequente Durchführung des Gedankens, von welchem die Redaktoren ausgegangen sind, würde demnach erfordern, daß ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers nur dann und erst dann eintritt, wenn der Erwerber bei der Übereignung oder nachträglich den Besitz vom unmittelbaren Besitzer erlangt. Nur in diesem Falle ist ein äußerer Tatbestand vorhanden, der bei dem Erwerber den Schein des Rechtes zu erzeugen vermag und sein Vertrauen zu einem schutzwürdigen macht. Hingegen ist darauf, ob der Erwerber selbst mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer wird, kein Gewicht zu legen.

Das Erfordernis des unmittelbaren Besitzes als Grundlage des guten Glaubens ist ja noch in einer anderen Richtung von praktischer Bedeutung; z. B. A hat ein Buch aus einer Universitätsbibliothek entliehen und dem B weitergeliehen. Der mittelbare Besitzer A veräußert nun das Buch an den C durch Abtretung des Herausgabeanspruches. Hier wird der „gutgläubige" C sofort Eigentümer und daran ändert auch die Tatsache nichts, daß C, sobald er das Buch erhält, aus den amtlichen Stempeln ersehen muß, daß das Buch nicht dem A gehörte. Das ist gewiß kein ansprechendes Ergebnis, schon deshalb nicht, weil dadurch die weitestgehende Vorsicht des Eigentümers illusorisch gemacht wird. Wenn man Besitz und Grundbuch mit Rücksicht auf ihre Publizitätsfunktion zusammenstellt, so wird man auf die Ähnlichkeit derartiger

Fälle mit der Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuches hinweisen dürfen. Durch die Signierung und Markierung seitens des Eigentümers trägt die Sache, die von ihm in dritte Hände gegeben wird, gleichsam einen Widerspruch gegen den im Besitze gelegenen Eigentumsschein an sich. Wie nun der gutgläubige Erwerb auf dem Gebiete des Grundbuchrechtes im Falle der Eintragung eines Widerspruches ausgeschlossen ist (§ 892), so sollte auch im Fahrnisrechte diesem Gedanken in der Richtung Rechnung getragen werden, daß ein gutgläubiger Erwerb bei jenen Erwerbsvorgängen ausgeschlossen ist, wo der Erwerber gar nicht in die Lage kommt, mit der Sache in Berührung zu treten und jene „Widersprüche" gegen den Eigentumsschein bemerken zu können.[25])

In einem Falle hat das deutsche Gesetzbuch[26]) seinen leitenden Gedanken der Notwendigkeit einer objektiven Grundlage für den gutgläubigen Erwerb sogar gänzlich fallen gelassen, und zwar beim Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache. Nach § 957 ist es möglich, daß jemand Eigentum an Erzeugnissen einer Sache, insbesondere Früchten erwirbt, bloß auf Grund der Gestattung seitens eines völlig Nichtberechtigten. Daß dieser Rechtssatz sowohl für bewegliche als unbewegliche Sachen unhaltbar ist, ist heute

---

[25]) Schröder, Arch. f. ziv. Praxis, 97, S. 384 meint, daß sogar das unerträgliche Resultat denkbar sei, daß dem Eigentümer, obwohl er unmittelbarer Besitzer ist, durch die Veräußerung seitens eines Nichtberechtigten die Sache von einem gutgläubigen Erwerber abgenommen werden kann. Dies sei dann möglich, wenn der Eigentümer, dessen Sache etwa mit einem Nießbrauche belastet ist, dieselbe vom Nießbraucher zu Leihe oder in Verwahrung genommen hat. Veräußert der Nießbraucher, der zugleich mittelbarer Besitzer ist, die Sache nach § 931 einem andern, so wird dieser gutgläubige Erwerber nach § 934 Eigentümer. Die Remedur liegt aber in § 986, Abs. 2 und es ist daher gar nicht notwendig, § 936, Abs. 3 heranzuziehen.

[26]) Ebenso der ungar. Entw., § 618.

ziemlich allgemein anerkannt, allerdings meist in der Form, daß man das Erfordernis des Besitzes auf Seite des Veräußerers auch in diese Gesetzesbestimmung hineinzutragen versucht.[27]) Die kritische Betrachtung kann sich mit der Konstatierung begnügen, daß dieser Rechtssatz verfehlt ist, und zwar deshalb verfehlt ist, weil hier von einer objektiven Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers abgesehen ist.

Wir können demnach feststellen, daß in der Gleichstellung von Besitz und Grundbuch hinsichtlich ihrer Publizitätsfunktion ein durchaus gerechtfertigter legislativer Gedanke gelegen ist, ein Gedanke, von dem auch die Redaktoren des deutschen Gesetzbuches ausgegangen sind, an dem sie aber nicht durchgreifend festgehalten haben und den sie durch Hereinziehung des für diese Zwecke unbrauchbaren mittelbaren Besitzes getrübt haben.

Die Erkenntnis jener Funktion des Besitzes beim gutgläubigen Erwerbe ist aber noch in anderer Richtung von Bedeutung für das Verständnis der Bestimmungen des deutschen Gesetzbuches. Wenn der Besitz die objektive Grundlage des guten Glaubens deshalb bildet, weil er der normale äußere Tatbestand des Eigentums ist, so ist ohneweiters klar, daß andere Mängel, als der im Rechte des Vormannes durch den Besitz nicht gedeckt werden können.[28]) Weiß daher etwa

---

[27]) Vgl. Hellmann im Recht, 1901, S. 417 ff. u. 532 f.; Harburger a. a. O., S. 484 ff.; Jakubezky im Recht, 1902, S. 4 ff.; Francke; Arch. f. ziv. Praxis, 93, S. 309 ff.; Crome, III, § 409, A. 71; Kober, Erl. 1 zu § 957; Cosack, II, § 208, II, 2, a. E.; Endemann, § 85, 4b; a. M. Planck, Erl. 2a zu § 957; Wendt, Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 89, S. 65 f.

[28]) Die gegenteilige Auffassung von Wendt a. a. O., S. 61 ff. wird daher mit Recht allgemein abgelehnt. Vgl. Planck, Vorb. 2 zu § 932—935; Dernburg, III, § 104, II, 1; Biermann, Erl. 6 zu § 932; Endemann, II. § 81. 5a; Enneccerus-Lehmann, II, § 58; Gierke, D. Pr. R., II, S. 571; Crome, III, § 381, 3; Cosack, II, § 198, IV, 1a; Kober, Erl., II, 1g, auch Düringer-Hachenburg, Komm. z. R. HGB., Vorb. zu § 366 u. 367, Note II.

der Erwerber, daß der Veräußerer nicht Eigentümer ist, so kann ihm sein guter Glaube an das Recht des Veräußerers, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, nichts nützen. Die modernen Gesetzgebungen schützen, wie wir sehen werden, unter Umständen auch den guten Glauben an die Verfügungs- und Vertretungsmacht eines anderen; dann müssen aber besondere objektive Grundlagen nach dieser Richtung hin vorliegen.[29]) Der Schluß vom Besitze auf eine Verfügungsberechtigung über fremde Sachen wird, wenigstens für das Gebiet des bürgerlichen Verkehrs, nicht anerkannt.[30]) Anders steht es im Handelsverkehre, wo tatsächlich der Besitz in vielen Fällen von vornherein nicht als äußerer Tatbestand des Eigentums, sondern als äußerer Tatbestand eines Verfügungsrechtes über fremde Sachen erscheint; so bei den Rechtsgeschäften des Kommissionärs und der Handelsagenten. Aus diesem Gesichtspunkte erklärt sich daher auch die vom bürgerlichen Rechte abweichende Bestimmung des § 366 R. HGB.[31]):

> Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft.

Darf somit auch nach dieser Richtung hin der Wert des germanistischen Grundgedankens nicht verkannt werden, so ist doch entschieden abzulehnen die Formulierung, welche derselbe durch die sogenannte Legitimationstheorie erhalten hat.[32])

---

[29]) Vgl. Gierke, D. Pr. R., II, S. 571.

[30]) Vgl. auch ungar. Entw., § 630.

[31]) Vgl. dazu Denkschr., S. 221 ff. und die Zitate in Anm. 28.

[32]) Gegen die Legitimationstheorie sind vor allem gerichtet die Ausführungen von Regelsberger in Iherings Jahrb., Bd. 47, S. 356 ff.,

Unbedenklich ist es allerdings, den bisher festgehaltenen Gedanken in der Weise zu fassen, daß man sagt, der Besitz sei ein Legitimationsmittel im Fahrnisverkehre. Dies trifft insofern zu, als der Schutz des gutgläubigen Verkehrs an den Besitztatbestand anknüpft und der Besitz daher den Besitzer im gutgläubigen Verkehr als Eigentümer legitimiert. Der Besitz ist im Verkehre ein genügender Ausweis der Berechtigung.[33]) Die Legitimationstheorie geht aber viel weiter.[34]) Sie behauptet, daß dem Besitzer als solchem eine „rechtliche Macht", eine „rechtliche Befugnis" zustehe, kraft welcher er dem gutgläubigen Dritten Eigentum verschaffe. Darin liegt eine völlige Verdrehung der wahren Sachlage. Die „Legitimation" des Besitzers ist lediglich ein Reflex jener Rechtsnormen, welche den Schutz des guten Glaubens an die objektive Grundlage des Besitzes knüpfen. Daher zerfließt auch jene angebliche Verfügungsmacht des Besitzers vor dem schlechten Glauben des Erwerbers „wie Butter in der Sonne".[35]) Es ist verkehrt, der Rechtsordnung den Gedanken zuzumuten, daß sie dem Verwahrer, Leiher, Mieter, Pfandgläubiger eine rechtliche Befugnis zu treulosen Veräußerungen einräume und es ist widersinnig, in einer gegen das Strafgesetz verstoßenden Handlung die Quelle zu erblicken, aus der der

ferner von Romeick, Rechtsnachfolge (Zur Technik des BGB., 3. Heft), S. 1 ff.; neuestens auch Sohm, Gegenstand, S. 52 ff. Ablehnend auch Dernburg, III. § 98. Die Gegner der Legitimationstheorie werden jedoch meist der Bedeutung nicht gerecht, welche dem Besitz als objektiver Grundlage des gutgläubigen Verkehrs zukommt. Vgl. aber Sohm a. a. O., S. 54 f.

[33]) Sohm a. a. O., S. 52.

[34]) Vgl. die Nachweisungen bei Regelsberger a. a. O. Dazu insbesonders noch Crome, III, § 377 u. 381; Gierke, D. Pr. R., II, S. 208, 264 f., 575 f.; Endemann hat in der neunten Auflage seine Auffassung teilweise modifiziert (II, § 81. 2, bes. A. 17) und nähert sich dem hier vertretenen Standpunkte.

[35]) Regelsberger a. a. O., S. 363.

Erwerb des Dritten seine Kraft schöpft.[36]) Und wenn die Vertreter der Legitimationstheorie ihre Gegner romanistischer Voreingenommenheit zeihen, so kann darauf hingewiesen werden, daß die ersten, welche den Satz „Hand wahre Hand" auf ein Recht des Veräußerers zurückführten, die Romanisten des 16. und 17. Jahrhunderts gewesen sind.[37]) Daraus wird man vielleicht sogar den Schluß ziehen dürfen, daß gerade das Bestreben, die Rechtsstellung des gutgläubigen Erwerbers auf ein Recht, oder eine rechtliche Macht[38]) des Veräußerers zu stützen, aus herkömmlichen romanistischen Gedankenbahnen zu erklären ist.[39])

Erkennt man nun der Gleichstellung von Besitz und Grundbuch hinsichtlich des Verkehrsschutzes insofern eine Berechtigung zu, als beide die äußeren Tatbestände bilden, an welche der gesetzliche Schutz anknüpft, so dürfen doch anderseits die tiefgreifenden Verschiedenheiten nicht verkannt werden, welche in der Ausgestaltung dieses Gedankens auf beiden Gebieten bestehen.

Zunächst muß die Gesetzgebung dem Umstande Rechnung tragen, daß der Besitz zwar der normale äußere Tatbestand des Eigentums ist, daß aber hier eine Differenz zwischen äußerem Scheine und der wahren Rechtslage doch ungleich häufiger vorkommt, als im Liegenschaftsrechte. In diesem ist schon durch das Eintragungsprinzip dafür Sorge getragen, daß Buchstand und materielle Rechtslage nicht allzuweit auseinandergehen. Ein solches positives Publizitätserfordernis

---

[36]) So schon Heusler, Instit., II, S. 4 ff.; Regelsberger a. a. O., S. 365; Romeick a. a. O., S. 10 ff.

[37]) Vgl. meine Abhandlung in Grünhuts Zeitschr., 31, A. 35.

[38]) Daß „rechtliche Macht" und „Recht" identisch sind betont insbesonders Sohm a. a. O., S. 52, A. 6.

[39]) Vgl. auch die treffenden Ausführungen bei Regelsberger a. a. O. S. 362.

besteht im Fahrnisrechte grundsätzlich nicht.[40]) Ferner kann die Gesetzgebung natürlich nicht übersehen, daß im Fahrnisrechte ein Widerspruch zwischen äußerem Tatbestande und innerer Rechtslage schon durch die Verfolgung legitimer wirtschaftlicher Interessen entstehen kann und tagtäglich entsteht. Eine Abschwächung des fahrnisrechtlichen Verkehrsschutzes in diesem Sinne bedeutet schon die Bestimmung des § 855 des deutschen BGB. (ebenso § 510 des ungarischen Entwurfes), wonach derjenige nicht Besitzer ist, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalte oder Erwerbsgeschäfte oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat.[41]) Der Erwerb von derartigen „Besitzdienern" entbehrt des gesetzlichen Schutzes, da ihnen die Rechtsordnung den Besitz abspricht. Nach außen hin werden übrigens diese Fälle meist so geartet sein, daß der Dritte schon aus der äußeren Sachlage zu erkennen vermag, daß der Inhaber nicht Eigentümer sei.

Eine weitere Abschwächung des fahrnisrechtlichen gegenüber dem grundbuchrechtlichen Verkehrsschutze bedeutet es ferner, wenn das deutsche Gesetzbuch und der ungarische Entwurf bestimmen, daß der Schutz des Dritten im Liegenschaftsrechte nur dann nicht eintritt, wenn der Dritte die Unrichtigkeit des Grundbuches kannte, während im Fahrnisrechte dem Dritten eine gewisse Diligenzpflicht dadurch auferlegt wird, daß ein fahrlässiges Nichtwissen dem Wissen gleichgestellt ist.[42])

Noch wichtiger aber ist ein anderer Unterschied. Auf

---

[40]) Abgesehen vom Pfandrechte; vgl. § 1205 d. BGB.; schweiz. E. II, A. 870 u. 890 ff., 900; § 802 ungar. Entw.

[41]) Der schweiz. Entw. lehnt eine besondere Regelung des Besitzdienerverhältnisses ab; vgl. Erläuterungen, III, S. 358 ff., 370 f.

[42]) Vgl. § 892 u. 932, Abs. 2 d. BGB; § 549 u. 630 ungar. Entw.; der schweiz. Entw. macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied; vgl. E. II, A. 1011 f., 972 u. 4.

dem Gebiete des Grundbuchrechtes legt die neuere Gesetzgebung kein Gewicht darauf, wie jener äußere Tatbestand zu stande gekommen ist, der dem guten Glauben des Dritten als Grundlage dient.[43]) Im Fahrnisrechte greift dagegen ein Schutz des gutgläubigen Erwerbers grundsätzlich nur dann ein, wenn der äußere Tatbestand nicht wider Willen des wahren Berechtigten entstanden ist. Der gutgläubige Erwerb des Eigentums „tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war" (§ 935 d. BGB.).[44])

Die Abgrenzung des Begriffes der abhanden gekommenen Sachen ist freilich nicht unbestritten. Abgesehen von den besonders angeführten gestohlenen und verloren gegangenen Sachen sind auch solche Sachen hieher zu rechnen, welche von einem Geschäftsunfähigen oder unter dem Drucke absoluten Zwanges weggegeben wurden.[45]) Aber auch die von einem beschränkt Geschäftsfähigen weggegebenen Sachen müssen als abhanden gekommen betrachtet werden.[46]) Es kann ohne besonderen Anhaltspunkt nicht angenommen werden, daß die Gesetzgebung die Interessen der beschränkt Geschäftsfähigen dem Verkehrsinteresse opfern wollte. Dagegen kommen bloße Willensmängel nicht in Betracht. Die infolge Irrtums, Be-

[43]) Vgl. jedoch den ungar. Entw., § 549 ff., welcher das österreichische System der Löschungsklagen akzeptiert, bei dem allerdings auch das Verhalten des Berechtigten gegenüber der ungültigen Eintragung von Bedeutung ist.

[44]) Vgl. auch A. 973, schweiz. Entw. II; § 631, ungar. Entw.; a. 2279 code civil.

[45]) Das entspricht der herrschenden Ansicht; vgl. Crome, III, § 380, S. 212 f.; Dernburg, III, § 103, II, 2; Gierke, D. Pr. R., II, § 115, A. 80; Endemann, II, § 81, 4; Planck, Erl. 2 zu § 935; Biermann und Kober zu § 935.

[46]) So auch Planck a. a. O.; Biermann a. a. O.; Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB., II, 470 ff.; Endemann a. a. O.; a. M. Gierke, Crome, Kober a. a. O.

truges oder Drohung weggegebenen Sachen sind nicht unfreiwillig abhanden gekommen, mag auch die Rechtsordnung die Anfechtung derartiger Rechtsakte unter Umständen zulassen.[47])

Grundbuch einerseits und Besitz andrerseits bilden nun auch die Grundtypen, nach denen sich die dem modernen bürgerlichen Rechte bekannten Fälle des Vertrauensschutzes scheiden lassen. Zum Teile schafft die Gesetzgebung oder der Verkehr künstliche äußere Tatbestände, an welche der Schutz des guten Glaubens anknüpft — Vereinsregister, Heiratsregister, Güterrechtsregister, Erbschein, die Legitimationspapiere, Karten und Marken, zum Teile schließt das moderne Recht diesen Schutz an die im Rechtsleben gegebenen natürlichen äußeren Tatbestände an.

---

[47]) So auch die herrschende Meinung; Crome, Gierke, Endemann, Dernburg (mit Ausnahme der Drohung), Biermann, Kober a. a. O., Staub, Komm. z. HGB., A. 46 zu § 366 und die Praxis OLG., 10, 137 ff.; Seuffert, A. 60, 283; a. M. Planck a. a. O.

II. Künstliche äußere Tatbestände.

1. Das Vereinsregister.

Nach dem deutschen BGB. erlangen Vereine, welche ideale (nicht wirtschaftliche) Zwecke verfolgen, die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister (§ 21). Gegenstand der Eintragung sind Name und Sitz des Vereines, der Tag der Errichtung der Satzung, ferner Bestimmungen, welche den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlußfassung des Vorstandes in einer vom Gesetze abweichenden Weise regeln (§ 64).

Der Schutz des guten Glaubens, den das Gesetz im Anschlusse an das Vereinsregister gewährt, ist ein sehr beschränkter. Der Dritte, der mit dem Vereine Rechtsgeschäfte eingeht, darf sich nur darauf verlassen:

1. daß der (rechtsgültig) bestellte Vorstand auch zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes noch Vorstand ist, wenn eine Veränderung im Vereinsregister nicht eingetragen ist (§ 68),

2. daß die Vertretungsmacht des Vorstandes eine unbeschränkte ist, wenn eine Beschränkung im Vereinsregister nicht ersichtlich ist (§ 70),

3. daß für die Beschlußfassung des Vorstandes die gesetzliche Norm (§ 28, Abs. 1) maßgebend ist, sofern sich aus dem Register nichts anderes ergibt (§ 70).[1])

---

[1]) Das Vorbild dieser Bestimmungen ist § 29 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 und § 40 des Gesetzes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892.

In allen übrigen Beziehungen ist der Dritte, der sich mit dem Vereine in Rechtsgeschäfte einläßt, in seinem Vertrauen auf den Registereintrag nicht geschützt.[2])

Dieser Schutz des guten Glaubens macht auf den ersten Blick den Eindruck völliger Willkürlichkeit. Warum darf sich der Dritte darauf verlassen, daß der eingetragene Vorstand noch Vorstand ist, während er in seinem Vertrauen nicht geschützt ist, wenn der eingetragene Vorstand niemals Vorstand war? Warum darf er sich darauf verlassen, daß eine nicht eingetragene Änderung nicht eingetreten ist, während er sich nicht darauf verlassen kann, daß eine eingetragene Änderung eingetreten sei? Vom Standpunkte des gutgläubigen Dritten ist diese Regelung unbegreiflich und nur geeignet, den Verkehr irrezuführen. Das öffentliche Register wird beim Laien schon an sich das Gefühl wachrufen, daß er sich auf das Eingetragene unbedingt verlassen dürfe. Diese Auffassung ist ja in der Sachverständigenkommission zur Beratung des deutschen Reichshandelsgesetzbuches in drastischer Weise zu Tage getreten.[3]) Die Verwirrung muß aber noch gesteigert werden, wenn das Gesetz selbst dem Register in einigen Beziehungen Publizitätswirkung zuerkennt und die Grenzlinie in einer Weise zieht, die für jeden Nichtjuristen unverständlich ist.

Ihre Erklärung findet die Normierung des deutschen Gesetzbuches darin, daß der dargestellte Verkehrsschutz nur eine sekundäre Folgeerscheinung eines anderen Gedankens ist, der mit den Verkehrsinteressen gar nichts zu tun hat. Das Gesetz geht, wie die Stilisierung des § 68 zeigt, davon aus[4]), daß gewisse Änderungen, um gegen den Dritten wirksam zu

---

[2]) Vgl. dazu Planck, Erl. zu §§ 68 u. 70; Staudinger-Löwenfeld a. a. O.; Endemann, I, § 42, 3; Crome, I, 51; Dernburg, I, § 75; Ramdohr in Gruchots Beitr., 44, S. 809 ff.

[3]) Ehrenberg, Iherings Jahrb., 47, S. 294 f., 289.

[4]) Vgl. auch § 15 R. HGB. und dazu Ehrenberg a. a. O., S. 300 ff.

sein, der Eintragung in das Vereinsregister bedürfen.[5]) Daraus ergibt sich als Kehrseite der Schutz des gutgläubigen Dritten in der Form, daß er nicht eingetragene Änderungen nicht gegen sich gelten zu lassen braucht.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch praktisch das Schwergewicht des „öffentlichen Glaubens" des Vereinsregisters nicht darauf beruht, daß sich der Dritte auf die Eintragungen verlassen kann, sondern in der für den Verkehr nachteiligen Folge, daß er diese Eintragungen gegen sich gelten lassen muß. Das ist um so bedenklicher, als nach § 68 die fahrlässige Unkenntnis der Eintragung genügt, um sie dem Dritten gegenüber wirksam zu machen. Erblickt man nun eine Fahrlässigkeit regelmäßig schon darin, daß der Dritte eben das Vereinsregister nicht eingesehen hat[6]), so führt das zu Konsequenzen, die die Verkehrssicherheit geradezu gefährden. Die allgemeine Kenntnis der Registereinträge ist ja auf diesem Gebiete — darüber darf man sich keiner Täuschung hingeben — eine reine Fiktion.[7])

In der Praxis werden demnach die angeführten Bestimmungen häufig in der Weise funktionieren, daß der Verkehr durch ausnahmsweise Abänderungen der gesetzlichen Dispositivnormen, insbesondere hinsichtlich der Vertretungsmacht des Vorstandes überrascht wird und daß er andrerseits dort keinen Schutz findet, wo er sich auf den Registereintrag verlassen hat.

Der schweizerische Entwurf (II, A. 61 u. 71)[8]) kennt

---

[5]) Anders bezüglich der Satzungsänderung, die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung ins Vereinsregister bedarf. § 71 D. BGB.

[6]) So Planck, Erl. 1 zu § 68; vgl. auch Staub, Komm. zu § 15 RHGB.; Endemann, I, § 42, 3, meint, „eine unablässige Prüfung des Registerstandes wird ihm (dem Dritten) nicht zugemutet".

[7]) Vgl. darüber insbesonders Ehrenberg a. a. O., S. 286 ff.

[8]) Vgl. E. II, A. 1721 und schweiz. O. R., A. 861, die sich nur auf eintragepflichtige Tatsachen beziehen.

zwar die Eintragung juristischer Personen in das Handelsregister, verbindet damit aber nur Folgen hinsichtlich der Rechtsfähigkeit der juristischen Person, nicht aber Publizitätswirkungen für oder gegen Dritte.

Im Gegensatze hiezu räumt der ungarische Entwurf dem Vereinsregister den vollen öffentlichen Glauben des Grundbuches ein:

§ 63. Dritten Personen gegenüber ist hinsichtlich der der Eintragung unterliegenden Umstände der Inhalt des Vereinsbuches maßgebend, insofern nicht die betreffende dritte Person von der Unrichtigkeit des Inhaltes Kenntnis hatte.[9])

Vom Standpunkte der Verkehrssicherheit ist sowohl die Regelung des schweizerischen, als die des ungarischen Entwurfes den Halbheiten des deutschen Gesetzbuches vorzuziehen.

---

[9]) Vgl. Hauptreferat über den Entw. eines ungar. BGB., 17. prinzipielle Frage. (Zeitschr. f. ungar. öffentl. u. Priv. R., 10, S. 319 ff.). „Im übrigen ist der Inhalt des Vereinsbuches zu Gunsten einer dritten Person im allgemeinen als wahr zu halten, welche im Vertrauen hierauf Rechte erworben hat." (S. 325 a. a. O.).

2. Das Heiratsregister.

Die Eintragung in das Heiratsregister gehört nach dem deutschen BGB. nicht zu den wesentlichen Formen der Eheschließung. „Der Standesbeamte soll die Eheschließung in das Heiratsregister eintragen" (§ 1318, Abs. 3). Auch für den gutgläubigen Dritten ist der Registereintrag nur in einem ganz speziellen Falle von Bedeutung. § 1344 bestimmt:

> Einem Dritten gegenüber können aus der Nichtigkeit der Ehe Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt war.
>
> Die Nichtigkeit kann auch ohne diese Beschränkung geltend gemacht werden, wenn sie auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen worden ist.

Hieraus ergibt sich, daß der Schutz des gutgläubigen Verkehrs grundsätzlich nicht an den Registereintrag geknüpft ist. Nur in dem Falle, als es sich um eine wegen Formmangels nichtige Ehe handelt, ist die Eintragung in das Heiratsregister Voraussetzung für den Schutz des Dritten. Liegt eine formgerecht geschlossene Ehe vor, so ist der Dritte gegen die Folgen der Nichtigkeit geschützt, ohne Rücksicht darauf, ob die Ehe ins Heiratsregister eingetragen war oder nicht. Fehlt es sowohl an einer formgerechten Eheschließung, als

an der Eintragung ins Heiratsregister, so tritt ein Schutz des Dritten überhaupt nicht ein.[1])

Ein Antrag, den Verkehrsschutz grundsätzlich nur dann zu gewähren, wenn die Ehe ins Heiratsregister eingetragen war, wurde von der zweiten Kommission abgelehnt. Über die Gründe hiefür erfahren wir folgendes (Prot. IV, S. 68): „Handelt es sich . . . um eine formgültig geschlossene, aber aus einem anderen Grunde nichtige Ehe, so dürfe es für den Schutz des gutgläubigen Dritten keinen Unterschied machen, ob die Eintragung der Eheschließung in das Heiratsregister erfolgt sei oder nicht. Der Antrag 2 wolle nur im Falle der Eintragung den Dritten schützen, weil die Vorschrift . . . bezwecke, dem auf die Richtigkeit des Registers vertrauenden Dritten Schutz zu gewähren. Indessen wurde bei diesem Vorschlage verkannt, daß nach den tatsächlichen Verhältnissen des Lebens das Vertrauen des Dritten auf den Rechtsbestand der Ehe sich fast niemals auf das Register gründe; dieses werde von Dritten regelmäßig nicht eingesehen, bevor sie mit einem der Ehegatten sich in Rechtsgeschäfte oder Prozesse einließen. Eine gewisse feste objektive Grundlage müsse allerdings für das Vertrauen des Dritten gegeben sein, wenn ihm der Schutz des Gesetzes zu teil werden solle; als eine solche Grundlage sei aber die formgültig erfolgte Eheschließung auch ohne nachfolgende Eintragung anzuerkennen."

Diese Begründung enthält mehrere richtige und beherzigenswerte Gesichtspunkte. Die Wertlosigkeit des Registereintrages für den Verkehr wird mit Recht als eine notorische Tatsache hingestellt. Man darf nur fragen, warum trotz dieser Erkenntnis die öffentlichen Register auf anderen Ge-

[1]) Vgl. dazu insbesonders Planck, Erl. 2 zu § 1344; Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft, S. 451 ff.; Hachenburg, Vortr., S. 277 ff.; Ramdohr in Gruchots Beitr., S. 814 ff.; Wendt, Arch. für ziv. Pr., 89, S. 82 ff.

bieten in so weitgehendem Maße zur Grundlage des Vertrauensschutzes gemacht wurden.

Ferner finden wir hier den vollberechtigten Gedanken wieder, der uns schon im Fahrnisrechte begegnet ist, daß von einem Schutze des guten Glaubens nur dort die Rede sein könne, wo eine objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten gegeben ist. Ein schutzwürdiges Vertrauen liegt gewiß nur dann vor, wenn ein äußerer Tatbestand vorhanden ist, der geeignet ist, dieses Vertrauen hervorzurufen. Entschieden unrichtig ist aber die Behauptung, daß eine solche objektive Grundlage für den guten Glauben des Dritten in der formgültig erfolgten Eheschließung gelegen sei. Wenn schon beim Registereintrage die Publizität eine fiktive ist, so trifft dies noch viel mehr zu hinsichtlich der Eheschließung vor dem Standesbeamten. Nur für Leute, die bei der Eheschließung zufällig anwesend waren, könnte der Eheschließungsakt als Grundlage ihres Vertrauens auf den Bestand der Ehe in Betracht kommen. Für das große Publikum ist die formgerechte Eheschließung eine völlig unbekannte und unkennbare Tatsache, die daher auch bei niemandem das Vertrauen erwecken kann, daß die betreffenden Personen verheiratet seien.

Was nach außenhin vorliegt und was Dritte veranlassen kann, im Vertrauen auf eine bestehende Ehe Rechtsgeschäfte einzugehen, ist nichts anderes, als daß zwei Personen wie Ehegatten miteinander leben. In diesem äußeren Tatbestande ist jener Schein gegeben, der Dritte verleiten kann, hinter diesem Schein das entsprechende Rechtsverhältnis zu vermuten. Nach einem Schutze in dieser Richtung weist das Bedürfnis des Verkehrs.

Betrachten wir die Regelung des deutschen Gesetzbuches unter diesem Gesichtspunkte, so ist sofort klar, daß der im § 1344 gewährte Schutz für das Verkehrsleben praktisch kaum in Betracht kommt. Nicht in den zahllosen Fällen greift der Schutz ein, wo Leute, ohne verheiratet zu sein, wie Ehe-

leute miteinander leben, sondern nur in den seltenen Fällen einer nichtigen Ehe.[2]) Vom Standpunkte des Dritten ist das Zutreffen der Voraussetzungen des § 1344 ein reiner Glücksfall und dies auch insofern, als er in einem Vertrauen geschützt wird, das er kaum jemals gehegt hat und das ihm lediglich vom Gesetze imputiert wird, in seinem Vertrauen auf die formgerechte Eheschließung oder das Heiratsregister.

Andrerseits — und das ist noch merkwürdiger — sind nach § 1344 in ihrem Vertrauen auf den Bestand der Ehe auch Leute geschützt, die bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes gar nicht wußten, daß ihre Gegenpartei verheiratet sei, und denen daher auch die Nichtigkeit der Ehe keine Enttäuschung bereiten kann. Hier ist dem Gesetzgeber offenbar die negative Formulierung, die den Grundgedanken des Rechtssatzes verdeckt und die wir schon im Fahrnisrechte (§ 932) getroffen haben, verhängnisvoll geworden. Durch die negative Fassung sind eben nur diejenigen Personen ausgeschlossen, denen die Nichtigkeit der Ehe bekannt war. Infolgedessen gehören zu den geschützten Personen nicht nur diejenigen, die wirklich im Vertrauen auf den Bestand der Ehe gehandelt haben, sondern auch jene, deren „guter Glaube" lediglich in der vollkommenen Unkenntnis der Sachlage besteht.

Um wieviel klarer und zweckentsprechender drückt sich das preußische Landrecht aus, welches das Vorbild für die Bestimmung des deutschen BGB. abgegeben hat. § 961, II, 1, bestimmt:

> Wer also mit einem oder dem anderen der vermeinten Eheleute redlicher Weise in Geschäfte sich eingelassen hat, der erlangt daraus eben die Rechte, als wenn unter ihnen eine gültige Ehe bestanden hätte.[3])

---

[2]) Es ist unrichtig, wenn Ramdohr a. a. O., S. 815 für das d. BGB. behauptet, ein Dritter dürfe „grundsätzlich davon ausgehen, daß diejenigen, welche als Eheleute miteinander leben auch in Wahrheit solche sind"

[3]) Vgl. auch § 133 des ungarischen Ehegesetzes (GA. XXXI v. 1894), „Gutgläubigen dritten Personen gegenüber, welche sich mit den Ehegatten

Die Fehler der gesetzlichen Regelung im deutschen BGB. liegen demnach, wie ich glaube, einerseits darin, daß das Erfordernis des guten Glaubens verkehrt formuliert ist, andrerseits darin, daß man den richtigen Gedanken, daß der gute Glaube nur dort zu schützen sei, wo ein das Vertrauen des Dritten rechtfertigender äußerer Tatbestand vorliegt[4]), zwar theoretisch festgehalten, als solche objektive Grundlagen aber Tatbestände akzeptiert hat, denen jegliche Eignung für diese Funktion mangelt. Die formgerechte Eheschließung und auch der Registereintrag erscheinen daher lediglich als positive und ziemlich willkürliche Voraussetzungen für das Eingreifen des Verkehrsschutzes.

Wo die Publizität des öffentlichen Registers versagt, dort bleibt, wenn man dem Verkehrsbedürfnisse Rechnung tragen will, nichts anderes übrig, als an den natürlichen äußeren Tatbestand des betreffenden Rechtsverhältnisses anzuknüpfen und ich glaube, daß es nicht allzu bedenklich wäre, dem Gedanken näher zu treten, daß derjenige zu schützen sei, der im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand der Ehe Rechtsgeschäfte eingegangen ist.[5]) Wenn zwei Personen wie Ehe-

die in ungültiger Ehe leben, bis zur Ungültigkeitserklärung der Ehe in Rechtsgeschäfte eingelassen haben, besitzt die ungültige Ehe die Rechtswirkung der gültigen Ehe." Hier ist wenigstens die Möglichkeit gegeben, den guten Glauben in entsprechender Weise zu interpretieren.

[4]) Hellwig a. a. O., S. 453 f., operiert auch hier mit der Legitimationstheorie und sieht den Grundgedanken des § 1344 darin, daß „dem Ehegatten zu Gunsten des gutgläubigen Dritten und zu Lasten des anderen Ehegatten" eine „Verfügungsmacht" verliehen werde. Da sich der Dritte zweifellos auch auf den Standpunkt der Richtigkeit der Ehe stellen kann, so ist diese „Verfügungsmacht" vollkommen von dem freien Belieben des Dritten abhängig.

[5]) Wendt a. a. O. vertritt in Fällen solcher Art auf Grund seiner Auslegung des „guten Glaubens" die Anwendbarkeit der sachenrechtlichen Schutznormen (§ 932 ff.). Das ist aber dem Gesetze gegenüber unhaltbar und auch aus inneren Gründen nicht gerechtfertigt; vgl. oben S. 15 f.

leute zusammen leben, werden sie sich nicht beklagen dürfen, wenn sie im gutgläubigen Verkehre wie solche behandelt werden, also der Mann etwa die Schlüsselgewalt der Frau gegen sich gelten lassen muß. Wollen die Scheinehegatten das nicht, so steht es bis zu einem gewissen Grade in ihrer Macht, die mit ihnen in geschäftlichen Verkehr tretenden Personen über die wahre Sachlage aufzuklären. Geschieht dies nicht, und in vielen Fällen wollen die Scheinehegatten als verheiratet gelten[6]), dann entspricht es kaum der Billigkeit, ihnen gegenüber dem gutgläubigen Dritten die Einwendung des Nichtbestandes einer Ehe offen zu lassen.

Die Redaktoren des deutschen Gesetzbuches sind, ohne die Frage des Verkehrsschutzes voll ins Auge zu fassen, derselben nur in einem Einzelfalle näher getreten, zu welchem sie ihre Konstruktion der nichtigen Ehe geführt hat. Die vom Gesetze statuierte Rückwirkung der Nichtigkeit glaubte man dem Dritten gegenüber unschädlich machen zu müssen.[7]) Die nichtige Ehe bedeutet aber für den Verkehr eine sehr geringe Gefahr. Das Hauptproblem ist dadurch kaum gestreift.

Wir haben bisher die Frage außer Betracht gelassen, bis zu welcher Grenze im deutschen BGB. der Schutz des Dritten reicht, der im Vertrauen auf den Bestand der Ehe Rechtsgeschäfte eingegangen ist. Man sollte meinen, daß derjenige, der lediglich im Vertrauen auf den Bestand der Ehe handelt, sich nur darauf verlassen darf, daß die allgemeinen vermögensrechtlichen Wirkungen, welche die Ehe als solche, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Güterstand mit sich

---

[6]) Natürlich kann hier nicht von einer Simulation die Rede sein. Das Gesetz kennt nur simulierte Rechtsgeschäfte, nicht simulierte Rechtsverhältnisse. Wäre die Eheschließung selbst simuliert, so entsteht trotzdem eine gültige Ehe.

[7]) Der schweiz. Entw. (II, A. 140 ff.: I, A. 154 ff.) erkennt der Ungültigerklärung grundsätzlich keine Rückwirkung zu. Damit entfällt auch die Notwendigkeit eines Schutzes des Dritten.

bringt[8]), vorliegen. Soll der Dritte auch in seinem Vertrauen auf einen bestimmten Güterstand geschützt werden, so müßten besondere objektive Grundlagen für den guten Glauben in dieser Richtung gegeben sein. Das ist ein Postulat des vom Gesetze selbst akzeptierten Grundgedankens. Wenn der gute Glaube einer rechtfertigenden Grundlage bedarf, so folgt daraus auch, daß der zu Grunde liegende äußere Tatbestand das Vertrauen des Dritten nur insoweit zu rechtfertigen vermag, als ein vernünftiger Schluß von diesem Tatbestande auf das interne Verhältnis gezogen werden kann. Aus dem Eintrag in das Heiratsregister (und, wie das Gesetz will, aus der formgerechten Eheschließung) kann demnach zwar allerdings geschlossen werden, daß zwischen den betreffenden Personen eine gültige Ehe besteht, aber gewiß nicht, daß die Gatten etwa in allgemeiner Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft leben. Nach § 1344 kann sich aber der Dritte auch auf den von den Ehegatten geschlossenen nichtigen Ehevertrag berufen, obwohl ihm derselbe unbekannt war und er auch keinen Grund hatte, den Bestand eines solchen Ehevertrages anzunehmen; z. B.: Eine Frau lebt mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft, welche nicht in das Güterrechtsregister eingetragen ist. Die betreffende Ehe und daher auch der Gemeinschaftsvertrag ist nichtig. Die Frau geht mit dem Dritten eine Verbindlichkeit ein, für welche der Mann im Falle der Gültigkeit der Ehe nach § 1459, Abs. 2, dem Dritten persönlich haften würde. Der Dritte, der von dem Bestande der Gütergemeinschaft keine Ahnung hatte und der nach dem Güterrechtsregister nur auf die Geltung des gesetzlichen Güterstandes schließen könnte, wird in seinem Vertrauen auf den Bestand der allgemeinen Gütergemeinschaft geschützt.[9]) Es fällt ihm also als Geschenk des Himmels die

---

[8]) So die Schlüsselgewalt der Frau, § 1357.

[9]) Vgl. zu diesem Beispiele Planck, Erl. 3 zu § 1344 und Hellwig a. a. O., S. 456.

persönliche Haftung des Ehegatten in den Schoß. Daß dies sogar dann zutrifft, wenn der Dritte gar nicht wußte, daß seine Vertragsgegnerin verheiratet sei, wurde bereits hervorgehoben. Das Vertrauen auf den Bestand der Gütergemeinschaft bedarf offenbar einer besonderen objektiven Grundlage, welche dieses Vertrauen rechtfertigt. Da das deutsche BGB. selbst diesem Gedanken bis zu einem gewissen Grade durch das Güterrechtsregister Rechnung getragen hat, so ist es, wie sofort zu zeigen sein wird, zu einem auffallenden Widerspruch mit der Bestimmung des § 1344 gelangt.[10])

Für die Ausgestaltung unseres Grundgedankens ergibt sich aus dieser Erörterung ein Prinzip, das schon im Fahrnisrechte angedeutet wurde[11]), das Prinzip der Kongruenz zwischen dem zu schützenden guten Glauben und dem ihn rechtfertigenden äußeren Tatbestande.

Ferner taucht hier die Frage auf, ob und inwieweit die Gesetzgebung dem Erfordernisse eines Kausalzusammenhanges zwischen äußerem Tatbestande und dem guten Glauben Rechnung zu tragen hat. Wir haben gesehen, daß es nicht unter allen Umständen gerechtfertigt ist, dem Dritten den Schutz auch dann zu teil werden zu lassen, wenn er von dem rechtfertigenden äußeren Tatbestande keine Kenntnis hatte und daher auch nicht im Vertrauen darauf handeln konnte. Zu einer abschließenden Beantwortung dieser Frage wird jedoch noch weiteres Material heranzuziehen sein.

---

[10]) Auf diesen Widerspruch hat schon Hachenburg, Vortr., S. 280, mit Recht hingewiesen.

[11]) Vgl. oben S. 15 f.

3. Das Güterrechtsregister.

Der Gedanke, daß der Dritte eines Schutzes bedürfe gegen die ihm unkennbare Regelung der vermögensrechtlichen Verhältnisse unter den Ehegatten, ist alt. Der tiefgreifende Einfluß, den die Ehe nach deutscher Rechtsauffassung für die Vermögensverhältnisse der Gatten mit sich bringt, die starke lokale Zersplitterung hinsichtlich der Güterrechtssysteme, mußte frühzeitig das Bestreben wachrufen, im Verkehrsinteresse helfend einzugreifen.

Die Gesetzgebungen sind hier die verschiedensten Wege gegangen. Während manche Rechte sich damit begnügten, den Abschluß von Eheverträgen möglichst einzuschränken[1]), machten andere die Wirkung der Eheverträge gegenüber Dritten von einer angemessenen Veröffentlichung abhängig, sei es durch gerichtliche Verlautbarung, sei es durch den Eintrag in öffentliche Register.[2]) Mangels einer solchen Publizierung konnte sich der Dritte auf den Bestand des gesetzlichen Güterrechtes verlassen. Andere Rechte gingen noch weiter, indem sie Eheverträgen, soweit dieselben auf eine die Interessen Dritter berührende Änderung des gesetzlichen Güterrechtes gerichtet

---

[1]) a. 1394 f. cod. civ. und das bad. L. R. erklären die Abschließung von Eheverträgen nach der Eheschließung für unzulässig. Vgl. auch schweiz. Entw. II, A. 186: „Ein nach Eingehung der Ehe abgeschlossener Ehevertrag ist jedoch Dritten gegenüber unwirksam."

[2]) Vgl. dazu Stobbe-Lehmann, IV, § 289, A. 12 f.; ferner (hinsichtlich der gerichtlichen Gütertrennung) a. 1445 cod. civ. und insbesondere Pr. L. R., II, 1, § 422 f.; dazu Motive, IV, S. 305 ff.

sind, die Wirksamkeit gegenüber Dritten überhaupt versagten.[3]) Auch der XIII. deutsche Juristentag hat sich eingehend mit dieser Frage befaßt. Eine Reihe von Juristen, insbesondere Praktikern, setzte sich mit Energie dafür ein, „daß Änderungen des ehelichen Güterrechts durch Ehevertrag von der Gesetzgebung nicht zuzulassen seien, insofern durch dieselben die Interessen Dritter gefährdet würden".[4]) Die vage Formulierung mag dem Antrage geschadet haben; die Mehrheit entschied sich für den Brunner-Schröderschen Antrag: „Vertragsmäßige Bestimmungen, durch welche die Vermögenshaftung des gesetzlichen Güterrechtes Dritten gegenüber beschränkt wird, sind von der Eintragung in öffentliche Register abhängig zu machen."[5])

Von diesem Prinzip geht auch die Regelung des deutschen Gesetzbuches aus[6]), indem es die beim gesetzlichen Güterstande eintretende Verwaltung und Nutznießung des Mannes als Normalrecht hinstellt und für Abweichungen die Eintragung in das Güterrechtsregister verlangt.[7]) § 1435, Abs. 1, bestimmt:

> Wird durch Ehevertrag die Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausgeschlossen oder geändert, so können einem Dritten gegenüber aus der Ausschließung oder der Änderung Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme

---

[3]) So insbesondere das hamburgische Recht; vgl. dazu Motive a. a. O.

[4]) Verh., II, S. 72 ff., 79 ff., 105 ff., 125 ff., 135 ff.

[5]) Verh., II, S. 83 ff., 137, 409 ff.

[6]) Ebenso der schweiz. Entw. I, A. 219, E. II, A. 205 und dazu Erl., I, S. 112 ff. u. 172 ff.; vgl. aber auch oben A. 1.

[7]) Vgl. zum folgenden Planck, Erl. zu § 1435; Dernburg, IV, § 55; Cosack, II, § 292, III; Staudinger-Engelmann, Erl. zu § 1435; Hellwig a. a. O., S. 432 ff.; Ramdohr a. a. O., S. 811 ff.; Hachenburg, Vortr., S. 279 f.

des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ausschließung oder die Änderung in dem Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen oder dem Dritten bekannt war.

Diese Bestimmung findet ferner Anwendung in Fällen, wo die Abweichungen vom gesetzlichen Güterstande nicht auf Ehevertrag, sondern auf gesetzlichen Sonderbestimmungen beruhen oder wo eine Änderung infolge gerichtlichen Urteils, Konkurseröffnung usw. herbeigeführt wird (§§ 1426, 1431), dann in den Fällen der Bildung von Vorbehaltsgut (§§ 1371, 1431), auf welches sich die Verwaltung und Nutznießung des Mannes nach § 1365 nicht erstreckt. Die Schranke des § 1435 gilt ferner auch für die Ausschließung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt der Frau durch den Mann (§ 1357, Abs. 2).[8]) In diesen Normen kommt der Gedanke zum Ausdrucke, daß sich der Dritte darauf verlassen darf, daß das gesetzliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes, sowie die Schlüsselgewalt der Frau besteht, wenn aus dem Güterrechtsregister nicht etwas anderes ersichtlich ist; der Dritte darf den Bestand des gesetzlichen Regelrechtes annehmen.

Das Güterrechtsregister hat aber noch in einer anderen Richtung Bedeutung. § 1435, Abs. 2, bestimmt:

> Das gleiche gilt, wenn eine in dem Güterrechtsregister eingetragene Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag aufgehoben oder geändert wird.

Auch diese Bestimmung ist in Fällen, wo die Änderung des eingetragenen Güterstandes nicht auf Vertrag, sondern auf anderen Tatsachen beruht, analog anzuwenden (§§ 1470, Abs. 2, 1545, 1549). Der Dritte darf sich also auch darauf verlassen, daß die im Güterrechtsregister eingetragene Regelung noch zu Recht besteht, wenn eine Änderung nicht zu ersehen ist.

[8]) Vgl. auch § 1405 hinsichtlich der Einwilligung des Mannes zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes durch die Frau.

Auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes bildet demnach das öffentliche Register die objektive Grundlage des Verkehrsschutzes und es ist nunmehr genauer festzustellen, inwieweit das deutsche BGB. dem Vertrauen auf das Güterrechtsregister Rechnung trägt.

Der Schutz ist zunächst beschränkt auf die Wirksamkeit eines zwischen einem Ehegatten und dem Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäftes oder eines zwischen ihnen ergangenen Urteils. Der Dritte kann sich also nicht darauf verlassen, daß die Sachlage in allen Beziehungen so behandelt wird, als ob der vorausgesetzte gesetzliche oder vertragsmäßige Güterstand bestände. Insbesondere darf der Dritte nicht darauf rechnen, daß er sich aus demjenigen Vermögen befriedigen kann, das ihm nach dem Registerstande haften würde. Wäre also etwa im Güterrechtsregister eingetragen, daß der A und die B in allgemeiner Gütergemeinschaft leben und würde nun ein Dritter mit Rücksicht auf den notorischen Reichtum der Frau dem Manne Kredit gewähren, so ist der Dritte in seinem Vertrauen, daß ihm das Vermögen der Frau nach den Regeln der Gütergemeinschaft haften werde, nicht geschützt. Es kann dem Gläubiger ohneweiters ein nicht eingetragener Ehevertrag entgegengehalten werden, durch welchen die Gütergemeinschaft beseitigt und etwa die Gütertrennung eingeführt wurde.[9])

Die Einschränkung des Vertrauensschutzes in dieser Beziehung läßt sich ja gewiß verteidigen, aber es ist nicht zu verkennen, daß man auch hier wieder mit der Laienauffassung hinsichtlich der Vertrauenswürdigkeit öffentlicher Register in Konflikt gerät und daß das Register geradezu zu einer Irreführung des Verkehrs benützt werden kann, wie sich aus dem eben angeführten Beispiele ersehen läßt.

Der Schutz des Dritten ist aber noch in einer anderen

---

[9]) Vgl. Motive, IV, S. 317 f.; Planck, Erl. 4 zu § 1435 u. Erl. 2 zu § 1344; Dernburg, IV, § 55, I.

Beziehung beschränkt. Auch hinsichtlich des Bestandes des eingetragenen Güterrechtes ist der Dritte in keiner Weise geschützt. Ist der eingetragene Ehevertrag gar nicht geschlossen worden[10]), oder aus irgendeinem Grunde ungültig, so muß sich der Dritte diese Einwendung gefallen lassen. Es gilt hier dasselbe, was oben[11]) bezüglich des Vereinsregisters bemerkt wurde. Hier zeigt sich nun auch jener merkwürdige Widerspruch gegenüber der Bestimmung des § 1344, auf den früher hingewiesen wurde. Ist der Ehevertrag nichtig, weil die zu Grunde liegende Ehe als nichtig erklärt wurde, so kann sich der Dritte auf diesen Ehevertrag nach § 1344 berufen, obwohl der Dritte von der Existenz desselben nichts wußte und der Ehevertrag auch in das Güterrechtsregister nicht eingetragen war. Ist aber die Ehe gültig und nur der Ehevertrag ungültig, so ist der Dritte auch dann nicht geschützt, wenn er im Vertrauen auf den im Güterrechtsregister eingetragenen Ehevertrag gehandelt hat. Im ersten Falle ist also ein Vertrauen geschützt, das hinsichtlich des Ehevertrages jeder objektiven Grundlage entbehrt, im zweiten Falle wird dieser Schutz trotz der vorhandenen Grundlage versagt. In beiden Fällen ist gegen das Grundprinzip des Verkehrsschutzes verstoßen, und zwar nach entgegengesetzten Richtungen. Das Resultat ist ein krasser Widerspruch.

Die Bestimmung des § 1435 leidet ferner unter demselben Gebrechen, dem wir schon bei § 1344 begegnet sind. § 1435 umgrenzt den Kreis der geschützten Personen rein negativ und schließt nur diejenigen aus, denen der dem Registerstande widersprechende wahre Sachverhalt bekannt war. Sehen wir uns nun diese „gutgläubigen" Personen an der Hand eines Beispieles näher an.

---

[10]) Die Eintragung ist auch ohne Vorlage des Ehevertrages möglich; vgl. § 1561.

[11]) S. 23 f.

Zwischen zwei Ehegatten besteht Gütertrennung, die aber im Güterrechtsregister nicht eingetragen ist. Der Mann veräußert Früchte von dem Grundstücke seiner Frau, die nach dem gesetzlichen Güterrechte (§ 1383) ihm gehören würden. Die Frau muß trotz der Gütertrennung die Veräußerung gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Dritte zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes die Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes gekannt hat. Hier ist es zunächst möglich, daß der Dritte, der die Früchte vom Manne erwarb, gar nicht wußte, daß sein Kontrahent verheiratet sei. Man sollte meinen, daß der Dritte hier lediglich in seinem Vertrauen darauf geschützt werden könne, daß sein Vertragsgegner Eigentümer der verkauften Früchte sei, also nach den Regeln der §§ 932 ff. Das Gesetz aber schützt ihn in seinem Vertrauen auf den Bestand des gesetzlichen Güterrechtes, denn auch er gehört zu jenen Personen, denen die Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes nicht bekannt war und auf dieses Vertrauen kann sich der Dritte nachträglich berufen, wenn der fahrnisrechtliche Verkehrsschutz versagen sollte, wenn z. B. die Frau nachweisen könnte, daß es sich um unfreiwillig abhanden gekommene Sachen handle (§ 935). Nicht anders ist die Sachlage, wenn der Dritte zwar weiß, daß sein Kontrahent verheiratet ist, nicht aber, daß es sich um Früchte von Frauengut handle und daher auch keinen Grund hat, sich auf den Bestand des gesetzlichen Güterrechtes zu verlassen. Trotzdem wird auch ein solcher in seinem Vertrauen auf den gesetzlichen Güterstand geschützt. Es ist endlich möglich, daß der Dritte zwar weiß, daß sein Kontrahent verheiratet ist, und auch, daß es sich um Früchte von Frauengut handelt, daß er sich aber aus irgend welchem Grunde über die Frage des Güterstandes nicht vergewissert hat. Auch in diesen Fällen scheint es noch fraglich, ob ein ausreichender Grund für den Schutz des Dritten gegeben ist.

Wir kommen damit wieder auf die Frage des Kausal-

zusammenhanges zurück, auf die Frage, ob der Dritte von dem rechtfertigenden äußeren Tatbestande Kenntnis haben muß. Es gibt zweifellos Fälle, in denen die Gesetzgebung mit Recht von diesem Erfordernisse absieht. Hieher gehört der sachenrechtliche Verkehrsschutz, der fahrnisrechtliche sowohl wie der grundbuchrechtliche. Die Verhältnisse sind hier aber ganz besonders geartet. Im Fahrnisrechte sind die Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb im allgemeinen so normiert, daß der Erwerber[12]) in Kenntnis des rechtfertigenden Tatbestandes gelangen muß. Im Grundbuchrechte sind andere Gründe maßgebend. Beim Erwerbe bücherlicher Rechte ist es das normale, daß sich der Erwerber über den Grundbuchsstand orientiert und jede Grundbuchsverfassung bringt es bis zu einem gewissen Grade von selbst mit sich, daß dem Erwerber der Grundbuchsstand bekannt wird. Hier mag man aus Gründen der Praktikabilität des Vertrauensschutzes die Frage abschneiden, ob der Dritte im konkreten Falle in das Grundbuch Einsicht genommen und wirklich im Vertrauen auf das öffentliche Buch gehandelt hat. In den hier besprochenen Fällen liegt aber die Sache ganz anders. Sofern es sich nicht um Geschäfte von besonderer Wichtigkeit handelt, fällt es niemandem ein, das Güterrechtsregister zu Rate zu ziehen und da man im Verkehre auch nicht zu fragen pflegt, ob der Kontrahent verheiratet sei, ob der Gegenstand des Rechtsgeschäftes Frauengut ist usw., so hat der Dritte in der großen Mehrzahl der Fälle auch keine Ahnung davon, daß das Güterrechtsregister mit der Wirksamkeit des von ihm geschlossenen Rechtsgeschäftes in irgendeinem Zusammenhange steht, und daher auch keinen Anlaß, das Register einzusehen. Die Analogie mit dem Grundbuchrechte versagt demnach völlig. Den Dritten aber in einem Vertrauen zu schützen, das er niemals gehegt hat, dafür fehlt jeder rationelle Grund und

[12]) Bezw. dessen Stellvertreter; dann kommt § 166 zur Anwendung.

je mehr man die prinzipielle Berechtigung des Verkehrsschutzes im modernen Rechtsleben anerkennt, desto entschiedener wird man sich dagegen verwahren müssen, daß dem Dritten unter diesem Titel unverdiente Geschenke in den Schoß fallen. Das deutsche Gesetzbuch hat durch seine negative Formulierung des Erfordernisses des guten Glaubens der Praxis überdies noch den Weg versperrt, durch eine einschränkende Interpretation des „guten Glaubens" zu befriedigenden Resultaten zu gelangen.

Der wichtigste Einwand aber gegen die Regelung des deutschen Gesetzbuches betrifft das formelle Prinzip, den Verkehrsschutz auf dem öffentlichen Register aufzubauen. Die Publizität des Registers ist, wie die Redaktoren selbst anerkannt haben[13]), eine reine Fiktion und der Schwerpunkt des Registereintrages liegt auch hier wieder darin, daß der Dritte sich Abweichungen vom Regelrechte entgegensetzen lassen muß. Und abgesehen davon, was nützt es dem Verkehre, daß er sich etwa auf Grund des Registers darauf verlassen darf, daß zwischen zwei Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft besteht? Ist die gesetzliche Normierung dieser Güterstände wirklich eine so einfache, daß der Dritte wissen könnte, auf was er sich nun bei dem konkreten Rechtsgeschäfte verlassen darf? Das sind zum großen Teile schwierige und komplizierte Rechtsfragen und man braucht nur die scharfsinnige Kasuistik Plancks zu § 1435 durchzusehen, um zu erkennen, daß ein guter Glaube an einen bestimmten Güterstand in der Praxis deshalb kaum vorkommen kann, weil es dem Verkehre einfach an Rechtskenntnis fehlt, um die Wirkung eines vorgenommenen Rechtsgeschäftes gegenüber einem bestimmten Güterstande übersehen zu können. Was sich der Verkehr entgegenhalten lassen muß und was ihm zu gute kommt, wird daher bei dieser Regelung

[13]) Vgl. oben S. 27.

oft den Charakter eines Unglücks- oder Glücksfalles haben. Die Rechtsnormen über die Güterstände, wie sie das deutsche Gesetzbuch gibt, mögen ein geeignetes Substrat sein für die richterliche Entscheidung in Güterrechtsstreitigkeiten, den Verkehr kann man auf derartige Gesetzesbestimmungen nicht verweisen.

Wenn man auf dem Gebiete des Güterrechtes dem Verkehrsinteresse Rechnung tragen will, und das scheint mir eine dringende Notwendigkeit zu sein, dann wird man den Schutz des guten Glaubens auf viel einfachere und dem Laien verständlichere Grundlagen stellen müssen.

Auszugehen wäre von denjenigen vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe, die nach allgemeiner Anschauung mit der Ehe selbst gegeben sind. Hieher gehört die Schlüsselgewalt der Frau und wohl auch das Verwaltungsrecht des Mannes. Mit diesem Normalrechte sollte der Verkehr rechnen können; jede Einschränkung oder Aufhebung wäre dem gutgläubigen Dritten gegenüber als unwirksam zu erklären. Es handelt sich hier fast durchwegs um Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, bei denen man den Dritten nicht auf die Einsichtnahme in öffentliche Register verweisen kann und welche in die Interessen der Ehegatten auch nicht allzu tief eingreifen. Wenn aber die Ehegatten Gründe haben, sich gegenseitig nicht zu trauen, so ist es ihre Sache, dafür Sorge zu tragen, daß die Ausschließung oder Beschränkung jener Rechte der Außenwelt tatsächlich bekannt wird; sie sollen aber nicht in der Lage sein, durch Registereinträge dem Verkehr eine Sorgfalt aufzuerlegen, die von ihm vernünftigerweise nicht verlangt werden kann und die man trotz aller gesetzlichen Vorschriften auch niemals erreichen wird.[14])

---

[14]) Vgl. die charakteristische Bemerkung bei Staub, Komm. z. HGB., S. 101: Freilich wird tatsächlich dieses Maß von Sorgfalt im Verkehr nicht beobachtet, aber das ändert daran nichts, daß es „erforderlich" ist. Dazu auch Ehrenberg a. a. O., S. 333.

Freilich ist dieser Vertrauensschutz für den Verkehr nur dann von Wert, wenn man den Umfang der Schlüsselgewalt sowie des Verwaltungsrechtes nach objektiven, für den Dritten erkennbaren Kriterien abgrenzt. Eine völlig sachgemäße Bestimmung bezüglich der Schlüsselgewalt enthält der schweizerische Entwurf I, A. 186[15]):

> Die Ehefrau hat die Vertretung der Gemeinschaft in der Fürsorge für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes.
>
> Anordnungen des Ehemannes, die die Frau in ihrer Vertretungsbefugnis beschränken, sind gegenüber gutgläubigen Dritten nicht rechtswirksam.[16])
>
> Überschreitet die Ehefrau die Befugnis in einer dem Dritten erkennbaren Weise, so wird der Ehemann dadurch nicht verpflichtet.

Die Notwendigkeit einer objektiven Abgrenzung der Schlüsselgewalt im Verkehrsinteresse hat in jüngster Zeit auch das deutsche Reichsgericht anerkannt (Entsch. 61, Nr. 20), indem es aussprach, daß sich der Umfang der Schlüsselgewalt nicht nach dem wirklichen Einkommen des Ehemannes, sondern nach dem tatsächlichen Zuschnitte des Hauswesens und der damit zusammenhängenden äußeren Lebensführung der Gatten bestimme.

Schwieriger ist die Durchführung dieses Gedankens gegenüber dem Verwaltungsrechte des Mannes. Man kann hier in der Weise helfen, daß man den Kreis der Geschäfte, die der Mann ohne Zustimmung der Frau vornehmen darf, objektiv bestimmt, d. h. bestimmte Rechtsgeschäfte oder Rechts-

---

[15]) Vgl. E. II, A. 170 f.; E. II kennt eine Entziehung oder Beschränkung der Schlüsselgewalt nur im Falle des Mißbrauches und knüpft die Wirksamkeit der Entziehung gegenüber gutgläubigen Dritten an eine angemessene Veröffentlichung durch den Richter.

[16]) Ebenso der ungar. Entw., § 98.

geschäfte hinsichtlich gewisser Gegenstände kraft Gesetzes als Verwaltungshandlungen qualifiziert, ohne Rücksicht darauf, ob sie im konkreten Falle Verwaltungshandlungen sind.[17]) Noch zweckentsprechender aber scheint mir die originelle Behandlung, welche diese Frage im schweizerischen Entwurfe gefunden hat. E. II, A. 217[18]) bestimmt:

> Der Ehemann kann über Vermögenswerte des eingebrachten Frauengutes, die nicht in sein Eigentum übergegangen sind, über die ordentliche Verwaltung hinaus nur mit Einwilligung der Frau verfügen.
>
> Der Dritte, mit dem der Ehemann handelt, darf jedoch diese Einwilligung voraussetzen, sofern er nicht weiß oder wissen muß, daß sie mangelt oder sofern die Vermögenswerte nicht für jedermann erkennbar als der Frau gehörig bezeichnet sind.

Das ist eine juristisch nicht besonders schöne, aber praktisch durchaus zutreffende Lösung des Problems.

Der skizzierte Verkehrsschutz wäre meiner Ansicht nach unmittelbar an den normalen äußeren Tatbestand der Ehe — an die Scheinehe — zu knüpfen. Das klingt vielleicht etwas radikal, aber die „stillschweigenden Vollmachten", mit denen man früher auf diesem Gebiete operierte, führen zu demselben Ergebnisse; denn die Annahme einer stillschweigenden

---

[17]) Dieser Gedanke ist auch im d. BGB. verwertet (§§ 1376 u. 1377). In älteren Rechten war dem Manne vielfach das freie Verfügungsrecht über bewegliche Sachen zugesprochen; vgl. Motive, IV, S. 267 ff., 273 f. Das entspricht den Verhältnissen einer vorwiegend agrarischen Wirtschaftsepoche. Für die modernen Verhältnisse ist diese Scheidung nicht mehr brauchbar; vgl. dazu Erl. z. schweiz. Entw., I, S. 180 ff.

[18]) E. I, A. 230; dieselbe Bestimmung für die Gütergemeinschaft, E. I, A. 247, E. II, A. 233. Es kann jedoch Gütertrennung vereinbart werden, die dem Dritten gegenüber durch Eintragung in das Ehegutsregister wirksam wird. E. I, A. 269 ff. und 219 ff., E. II, A. 256 ff. und 205 ff.

Vollmacht steht in gar keinem ursächlichen Zusammenhange mit dem rechtlichen Bestand der Ehe.[19])

Der Dritte soll sich aber weiters nicht nur darauf verlassen dürfen, daß das auf der Schlüsselgewalt der Frau und dem Verwaltungsrechte des Mannes beruhende Normalrecht besteht, sondern er soll sich auch darauf verlassen können, daß andere als die genannten vermögensrechtlichen Wirkungen nicht bestehen. Man mag den Ehegatten die größte Freiheit in der internen Gestaltung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse gewähren, aber diese nach außen hin schrankenlos auswirken zu lassen, ist für den Verkehr völlig unerträglich und daran wird auch durch öffentliche Register nichts geändert.

Dieser Auffassung, die sich, wie erwähnt, schon in älteren Rechten findet, hat neuestens wieder der ungarische Entwurf in eigenartiger Weise Rechnung getragen. Nach diesem bildet die Grundlage des ehelichen Güterrechts ein dem österreichischen Gesetzbuche entsprechendes Totalsystem (§ 107 ff.). Alle weiteren vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe (Erwerbungsgemeinschaft) haben lediglich obligatorische Bedeutung unter den Ehegatten, so daß sie in den Verkehr überhaupt nicht übergreifen (§§ 144 und 150). Dasselbe gilt auch für Eheverträge, insbesondere für die allgemeine Gütergemeinschaft (§ 182). Das „Hauptreferat"[20]) führt aus, daß diese Regelung der bisherigen Rechtsentwicklung entspreche und betont die Vorteile derselben für das Verkehrsinteresse. Es handelt sich hier offenbar um die Fortbildung eines schon in der österreichischen „Gütergemeinschaft auf den Todesfall" (§ 1234 Ö. BGB.) enthaltenen Gedankens.

---

[19]) Vgl. unten II. Teil, IV.

[20]) Vgl. 35. prinzipielle Frage: Soll die Erwerbungsgemeinschaft eine Vermögensgemeinschaft von sachlicher Wirkung während der Ehe oder bloß eine nach Lösung der Ehe geltend machbare Obligationsforderung sein? Zeitschr. f. ung. R., 11, S. 378 ff.

Von größter Wichtigkeit für den Verkehr ist es endlich, daß die allgemeinen, insbesondere die sachenrechtlichen Schutznormen durch die Ehe und ihre vermögensrechtlichen Wirkungen nicht tangiert werden. Das ist hauptsächlich in den zahlreichen Fällen von Bedeutung, wo der Dritte gar nicht wußte, daß er es mit einem Ehegatten zu tun habe. Auch in dieser Richtung scheint mir die Regelung des deutschen BGB. nicht einwandfrei. Zunächst ergeben sich schon gewisse bedenkliche Konsequenzen auf dem Bestehen des öffentlichen Registers. Es ist möglich, daß das Register einen Eintrag aufweist, der mit dem Grundbuche im Widerspruche steht; z. B.: Es erwirbt jemand vom Manne, der nach dem Grundbuche Alleineigentümer ist, ein Grundstück. Im Güterrechtsregister ist allgemeine Gütergemeinschaft eingetragen, durch welche das Vermögen des Mannes und der Frau kraft Gesetzes gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten wird (§ 1438). Muß der Erwerber des Grundstückes die Fiktion der Kenntnis des Güterrechtsregisters gegen sich gelten lassen, wie sie in § 1435 statuiert ist? Die herrschende Meinung nimmt an, daß der gute Glaube an das Grundbuch durch den Registereintrag nicht ausgeschlossen werde, da § 892f. den Schutz nur dann nicht eintreten lassen, wenn der Dritte die Unrichtigkeit des Grundbuches gekannt hat.[21])

Böser liegt die Sache beim gutgläubigen Erwerb von Fahrnis, denn hier steht das „Wissen müssen" dem Wissen gleich. Nach Planck[22]) „dürfte eine grobe Fahrlässigkeit regelmäßig anzunehmen sein, wenn die Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister eingetragen ist". Das würde zur Konsequenz führen, daß man beim Erwerbe beweglicher Sachen genötigt wäre, sich über Namen, Stand und Wohnsitz des

[21]) Planck, Erl. 13 zu § 1435; Staudinger-Engelmann, Erl. 7 zu § 1435; Dernburg, IV, § 55, III; a. M. Ramdohr a. a. O., S. 814.

[22]) Erl. 7 zu § 1443.

Verkäufers zu gewissern und sich dann zum Amtsgerichte des Wohnsitzes des Verkäufers zu begeben, um das Güterrechtsregister einzusehen. Das wird man vom Verkehre doch nicht verlangen können und man wird daher in der Nichtbefolgung dieser Diligenz eine grobe Fahrlässigkeit „regelmäßig" nicht erblicken dürfen. Jedenfalls zeigt sich hier ein weiterer Mißstand, der mit der allzu freigebigen Beschenkung des Rechtslebens mit öffentlichen Registern verbunden ist.

Eine gewollte Durchbrechung der allgemeinen Schutznormen aber bedeutet die Bestimmung des § 1404:

> Die Beschränkungen, denen die Frau nach den §§ 1395 bis 1403 unterliegt, muß ein Dritter auch dann gegen sich gelten lassen, wenn er nicht gewußt hat, daß die Frau eine Ehefrau ist.

Die §§ 1395 ff. enthalten eine Reihe von Verfügungsbeschränkungen der Frau zu Gunsten des Mannes beim gesetzlichen Güterstande. Durch § 1404 soll die Anwendbarkeit des allgemeinen Verkehrsschutzes in diesen Fällen ausgeschlossen werden. Den Rechten des Ehemannes gegenüber versagt der grundbuchrechtliche wie der fahrnisrechtliche Vertrauensschutz. „Wer mit einer Frau in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt," meint Planck[23]) im Anschlusse an die Motive[24]), „muß sich darüber vergewissern, ob ihm nicht eine verheiratete Frau gegenübersteht." Das mag man für den „nicht rechtsgeschäftlichen" Verkehr mit Frauen gelten lassen, aber für den „rechtsgeschäftlichen" Verkehr insbesondere in Bezug auf Fahrnis ist das eine starke Zumutung.[25]) Und wie soll sich der Dritte

[23]) Erl. 2 zu § 1404.

[24]) IV, S. 236 ff.

[25]) Die herrschende Meinung (vgl. Planck, Erl. 7 zu § 1443 und dort zitierte) dehnt die Bestimmung des § 1404 noch weiter auf die Fälle aus, in denen die Frau in einem vertragsmäßigen Güterstande (mit Ausnahme der Gütertrennung) lebt. Dagegen aber Cosack, II, § 302, IV, 5 b Staudinger-Engelmann, Erl. 6 zu § 1443.

darüber „vergewissern", ob seine Kontrahentin verheiratet sei? Welch ergötzliche Szenen müßten sich ergeben, wenn der Käufer einer beweglichen Sache seiner Verkäuferin gegenüber jene Diligenz zur Anwendung bringen wollte, die das Gesetz von ihm verlangt.[26]) Hier stoßen wir übrigens wieder[27]) auf die merkwürdige Tendenz des deutschen BGB., die vermögensrechtlichen Gefahren verunglückter Ehen auf den Verkehr zu überwälzen, eine Tendenz, welche der Billigkeit ebensowenig entspricht, wie einer gesunden Auffassung des Wesens der Ehe.

---

[26]) In der zweiten Kommission wurden zwar gegen § 1404 (1305) Bedenken geäußert, die Kommission entschied sich jedoch für die Beibehaltung. Prot., IV, S. 181.

[27]) Vgl. oben S, 42.

4. Der Erbschein und das Testamentsvollstreckerzeugnis.

Der Erbschein verdankt seine Entstehung in erster Linie dem Bedürfnisse, dem Erben gegenüber denjenigen Behörden, welche öffentliche Bücher oder Register führen, eine ausreichende Legitimation über die Erbenqualität zu schaffen. Aus diesem Bedürfnisse heraus entstanden zunächst in der deutschen Praxis die sogenannten Erbeslegitimationsatteste, welche vom Gerichte auf Grund eines Aufgebotsverfahrens erteilt wurden. In der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts wurde in den meisten deutschen Staaten das Verfahren hinsichtlich der Erbbescheinigungen genauer geregelt. Aus diesen Rechten, insbesondere aus dem preußischen Gesetze vom 12. März 1869 hat das deutsche BGB. sein Institut des Erbscheines entnommen.[1])

Nach § 2353 hat das Nachlaßgericht dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils zu erteilen. Der Erbschein, welcher nach einem durch das Gesetz genau geregelten Offizialverfahren auszustellen ist, begründet nach § 2365 die Vermutung, daß demjenigen, welcher im Erbschein als Erbe bezeichnet ist, das im Erbscheine angegebene Erbrecht zustehe und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt sei. Die Bedeutung des Erbscheines für Dritte[2]) ist in § 2366 f. in folgender Weise normiert:

---

[1]) Vgl. Motive, V, S. 557 f.; Dernburg, V, § 158.

[2]) Der schweizerische Entwurf (II, A. 560, I, A. 576) kennt zwar den Erbschein, erkennt ihm aber eine Wirkung gegenüber Dritten nicht zu; vgl. Erl. II,

§ 2366. Erwirbt jemand von demjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstand oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins, soweit die Vermutung des § 2365 reicht, als richtig, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt oder weiß, daß das Nachlaßgericht die Rückgabe des Erbscheins wegen Unrichtigkeit verlangt hat.

§ 2367. Die Vorschriften des § 2366 finden entsprechende Anwendung, wenn an denjenigen, welcher in einem Erbschein als Erbe bezeichnet ist, auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes eine Leistung bewirkt oder wenn zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung eines solchen Rechtes ein nicht unter die Vorschrift des § 2366 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über das Recht enthält.

Durch den Erbschein wird somit ein äußerer Tatbestand für die Erbenqualität geschaffen, welcher die objektive Grundlage für den guten Glauben des Dritten bildet.[3]) Die Analogie mit dem Grundbuche ist unverkennbar, wie denn auch die §§ 2366, 2367 den Bestimmungen der §§ 891—893 nach-

S. 110. Der ungarische Entwurf folgt im § 2000 dem deutschen Gesetzbuche, bestimmt aber hinsichtlich des Vertrauensschutzes: „Verfügt derjenige, der nach dem Erbscheine Erbe ist über irgendeinen Nachlaßgegenstand zu Gunsten einer gutgläubigen dritten Person in nicht unentgeltlicher Weise, so ist dieses Rechtsgeschäft auch gegenüber dem wahren Erben wirksam. Hieher gehört auch die Annahme einer dem Erben zukommenden Leistung."

[3]) In der zweiten Kommission war der Antrag gestellt worden, an Stelle des Erbscheines ein Erbschaftsregister einzuführen. Die Mehrheit lehnte diesen Antrag mit Recht ab. „Es sei nicht wünschenswert, ohne besonderen Grund die Zahl der öffentlichen Register noch zu vermehren."

gebildet sind.[4]) Diese Funktion des Erbscheines, dem Vertrauen des Dritten als Grundlage zu dienen, ist noch in den Motiven vielfach verkannt. Nach den Motiven (V, S. 572) soll für die Anwendbarkeit der Schutznormen die Frage maßgebend sein, ob der im Erbscheine bezeichnete als Erbe gehandelt hat.[5]) „Hat der in dem Erbscheine Bezeichnete über einen in der Erbschaft befindlich gewesenen Gegenstand deshalb verfügt, weil er davon ausging, derselbe gehöre ihm an sich schon und nicht um deswillen, weil er Erbe sei, so fehlt es an jedem Anlasse zu einem besonderen Schutze des Dritten; vielmehr müssen in einem solchen Falle die allgemeinen für den Verkehr mit Sachen und Rechten aufgestellten Grundsätze zur Geltung gelangen. Der Erbschein dient ausschließlich zur Erbeslegitimation; mithin kann er keine Wirkungen äußern, soweit die Legitimation als Erbe nicht in Frage kommt. Ebensowenig hilft der § 2077 (= 2366) dem Erwerber einer objektiv zur Erbschaft gehörenden Forderung dann, wenn der Veräußernde, obschon er den Erbschein hatte, glaubte, ihm sei die Forderung schon bei Lebzeiten des Erblassers übertragen."

Durch diese gänzlich verfehlte Argumentation wäre der Schutz des Dritten von einem inneren, ihm völlig unkennbaren Momente abhängig gemacht und damit in den Vertrauensschutz ein Element hineingetragen worden, das mit seinem Wesen im Widerspruche steht. Auch Planck (Ritgen) hält an der Auffassung der Motive nicht fest, sondern variiert den Gedanken in anderer Weise. Er bemerkt[6]): „Dagegen wird vorausgesetzt, daß der Dritte von dem Erbscheinerben als

[4]) Strohal, Erbr., § 68 (S. 150 ff.); Hellwig a. a. O., S. 458 ff; Planck-Ritgen, Erl. I zu § 2366; Ramdohr a. a. O., S. 816 ff.; Reibnitz, der öffentl. Glaube des Erbscheins in Vergleich mit dem öffentl. Glauben des Grundbuchs; Cosack, II, § 400, II, 6; Hachenburg, Vortr., S. 280 ff.;

[5]) So auch Reibnitz a. a. O., S. 23 ff.

[6]) Erl. III, 2 zu § 2366: vgl. auch Rehs, der Erbschein, S. 40.

Erben, also den betreffenden Gegenstand als Erbschaftsgegenstand erwirbt. Die Motive legen das Gewicht darauf, daß der Erbscheinerbe bei der Verfügung des Willens sei, als Erbe zu handeln. Nach der Fassung und dem Grundgedanken des § 2366 dürfte es mehr darauf ankommen, daß die entsprechende Willensrichtung bei dem Erwerber vorhanden ist. Jedenfalls tritt der Schutz des Erbscheins dann nicht ein, wenn beide Teile der Meinung sind, der betreffende Gegenstand gehöre dem Veräußerer auf Grund eines anderen Rechtstitels als seines Erbrechtes." Planck stellt demnach das Erfordernis auf, daß der Dritte den Gegenstand „als Erbschaftsgegenstand" erwerbe. Diese Auffassung ist dem Gesetze gegenüber kaum haltbar[7]), aber ein richtiger Gedanke scheint mir darin doch zu liegen, der sich mit dem oben aufgestellten Erfordernisse des Kausalzusammenhanges berührt; es sollte nicht gleichgültig sein, ob der Dritte im Vertrauen auf den Erbschein gehandelt hat oder nicht. Im Gesetze aber hat dieses Postulat keine Stütze. Die wiederholt gerügte negative Formulierung des guten Glaubens[8]) hat auch hier zur Folge, daß der Schutz des § 2366 f. Leuten zu gute kommt, die weder von der Erbenqualität ihres Kontrahenten, noch von dem Erbscheine irgend welche Kenntnis haben.

Der Erbschein vermag seinem Inhalte nach nur als äußerer Tatbestand für die Erbenqualität zu dienen. Andere Mängel, als das fehlende Erbrecht können demnach durch den Erbschein nicht gedeckt werden. Das entspricht unserem Prinzipe der Kongruenz des Vertrauensschutzes mit dem zu Grunde liegenden äußeren Tatbestande. War also etwa die veräußerte Liegenschaft, die veräußerte bewegliche Sache nicht Eigentum des Erblassers, so kann dem Erwerber die Berufung auf § 2366 nichts nützen, da der hier vorliegende Mangel

---

[7]) Strohal a. a. O.

[8]) Anders mit Recht der ungar. Entw. oben A. 2.

im Rechte des Erblassers durch den Erbschein nicht geheilt werden kann. Jedoch scheint es mir nicht ausgeschlossen zu sein, daß unter Umständen ein Zusammengreifen des § 2366 mit den sachenrechtlichen Schutznormen stattfindet; z. B.: Der Erblasser war materiell rechtswidrig im Grundbuche als Eigentümer eingetragen. Der Erbscheinerbe veräußert, ohne sich selbst in das Grundbuch eintragen zu lassen, das Grundstück an einen Dritten, der nun im Grundbuche eingetragen wird.[9]) Auf das grundbuchrechtliche Vertrauensprinzip allein kann sich hier der Dritte nicht berufen, denn das Grundbuch gewährleistet dem Dritten nicht den Rechtsübergang vom Erblasser auf den Erben.[10]) Gerade dieser Mangel aber wird durch den Erbschein gedeckt. Bei dieser Sachlage kommen also dem Dritten zwei objektive Tatbestände nebeneinander zu gute. Er darf sich nach dem Grundbuche auf das Eigentum des Erblassers, nach dem Erbscheine auf die Erbenqualität des darin Bezeichneten verlassen.[11]) War der Erbscheinerbe selbst bereits im Grundbuche eingetragen, dann kann sich der Dritte freilich ohneweiters auf den grundbuchrechtlichen Vertrauensschutz berufen. Jedoch kann hinsichtlich der Frage, ob der Erwerber die Unrichtigkeit des Grundbuches gekannt hat, auch der Umstand von Bedeutung sein, daß ihm die Unrichtigkeit des Erbscheines bekannt war. Dies ist dann möglich, wenn der Dritte wußte, daß die bücherliche Eintragung seines Vormannes auf dem Titel des Erbrechtes beruhe.[12]) In dieser

---

[9]) Vgl. § 41, Gb. O.

[10]) Vgl. Planck, Erl., II, 1 b zu § 892; Ramdohr a. a. O. S. 347 f.

[11]) Vgl. Reibnitz a. a. O., S. 85; Kreß, Krit. Vjschr., 46, S. 331; a. M. Strohal a. a. O., S. 154 ff.; anders auch Hellwig a. a. O., S. 462 f.

[12]) Strohal a. a. O., S. 155, A. 7 b; Binder, Rechtsstellung des Erben, II, S. 12; Planck-Ritgen, Erl. VI zu § 2366: vgl. auch Hellwig a. a. O., S. 463, A. 21.

Weise kann also auch hier die Kombination der beiden äußeren Tatbestände zur Geltung kommen.

Auf dem Gebiete des Fahrnisrechtes ist ein Zusammengreifen des § 2366 mit den Schutznormen der §§ 932ff. nicht möglich. Der dem obigen grundbuchrechtlichen Beispiele analoge Sachverhalt wäre der, daß der Erbscheinerbe eine nicht dem Erblasser gehörig gewesene Sache verkauft und bei dem Dritten das Vertrauen auf den Besitz des Erblassers mit dem guten Glauben an den Erbschein zusammentrifft. Der Dritte wußte etwa, daß die Sache, welche er kaufen will, im Besitze des Erblassers war, der sie dem X. weitergeliehen hatte, und wendet sich nun an den Erbscheinerben, der ihm diese Sache verkauft. Der gutgläubige Dritte ist hier nicht Eigentümer geworden. Die Voraussetzungen des fahrnisrechtlichen Vertrauensschutzes (§ 934) sind nicht gegeben, da der Erbscheinerbe nicht mittelbarer Besitzer war.[13]) Die Berufung auf § 2366 kann dem Erwerber nichts nützen, da der Mangel im Rechte des Erblassers dadurch nicht behoben wird. Eine Konkurrenz beider Bestimmungen aber ist deshalb ausgeschlossen, weil ein früher einmal vorhanden gewesener Besitz (des Erblassers) keine Legitimationskraft hat. Wären die Bedingungen für das Eingreifen der §§ 932ff. gegeben, etwa deshalb, weil der Erbscheinerbe Besitzer der Sache ist, dann wäre es jedoch auch in unserem Beispiele von Bedeutung, daß der Erwerber die Unrichtigkeit des Erbscheines kennt; denn dann kann von einem guten Glauben daran, daß der Veräußerer Eigentümer sei, nicht die Rede sein.[14])

Wie der Erbschein[15]) und nach dem Vorbilde desselben

---

[13]) Der mittelbare Besitz geht nach § 857 auf den wahren Erben über. Vgl. dazu Strohal a. a. O., § 68, A. 14.

[14]) Unrichtig Reibnitz a. a. O., S. 50.

[15]) Die Vorschriften über den Erbschein finden entsprechende Anwendung bei dem Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, § 1507. Vgl. auch § 2370.

ist auch das Testamentsvollstreckerzeugnis mit Publizitätswirkungen gegenüber Dritten ausgestattet (§ 2368).[16]) Dem Testamentsvollstrecker hat das Nachlaßgericht auf Antrag ein Zeugnis über seine Ernennung zu erteilen, in welchem die Befugnisse desselben, soweit sie nach der Anordnung des Erblassers von der gesetzlichen Regel abweichen, anzuführen sind. Der Dritte darf sich darauf verlassen, daß der im Zeugnisse Genannte Testamentsvollstrecker ist und daß ihm die aus dem Zeugnisse sich ergebenden Befugnisse zustehen. Der öffentliche Glaube des Testamentsvollstreckerzeugnisses reicht insofern weiter, als der des Erbscheines, als er auch bei persönlichen Verbindlichkeiten eingreift, die der als Testamentsvollstrecker Legitimierte für den Nachlaß eingeht.

Eine für den Verkehr überaus bedenkliche Abweichung von den Bestimmungen über den Erbschein liegt darin, daß das Testamentsvollstreckerzeugnis auch ohne Einziehung oder Kraftloserklärung mit Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers von selbst kraftlos wird. Damit ist wieder ein dem Dritten unkennbares und mit der Publizitätsfunktion des Zeugnisses im Widerspruch stehendes Element in das Rechtsinstitut aufgenommen: der Dritte kann sich nicht darauf verlassen, daß der durch das Zeugnis Legitimierte noch Testamentsvollstrecker ist. Dadurch verliert das Testamentsvollstreckerzeugnis den größten Teil seines Wertes für den Verkehr.[17]) Wenn die Gesetzgebung das Vertrauen auf einen bestimmten äußeren Tatbestand schützen will, so muß sie den Schutz auch so lange gewähren, als dieser äußere Tatbestand gegeben ist. Dem Dritten aber zu sagen, du darfst dich un-

---

[16]) Vgl. Strohal a. a. O., § 69; Planck-Ritgen, Erl. 1, 2 u. 3f. zu § 2368; Ramdohr a. a. O., S. 816 ff.; Hachenburg, Vorlr., S. 284 ff.; Hellwig a. a. O., S. 473 f.

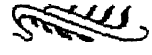
[17]) Es ist daher entschieden zu billigen, daß die „Beendigung des Amtes" möglichst eng interpretiert wird. So insbesonders Strohal a. a. O., S. 174.

bedingt darauf verlassen, daß der Betreffende wenigstens einmal Testamentsvollstrecker gewesen ist, nützt ihm nichts. Nach Ausweis der Protokolle (V, S. 691) findet diese Abweichung gegenüber dem Erbscheine ihre Rechtfertigung darin, „daß es in der Natur der Testamentsvollstreckung liege, nach Abwicklung der erbschaftlichen Geschäfte ein Ende zu finden"!

Damit haben wir den Kreis derjenigen künstlichen Tatbestände durchmessen, welchen die neuere Gesetzgebung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes als objektive Grundlagen für den gutgläubigen Verkehr geschaffen hat. Ich bezweifle, daß es sich hier um einen triebkräftigen Zweig der modernen Rechtsentwicklung handelt. Der Gedanke, die für den Dritten bedeutsamen Rechte und Rechtsverhältnisse in öffentlichen Registern festzulegen, nimmt sich vielleicht in der Theorie nicht übel aus, in der Praxis versagt derselbe zum großen Teile völlig. Die notwendige Konzentration der Register in wenigen größeren Orten, wo sich die mit der Führung derselben betrauten Behörden befinden, die unvermeidliche Unsicherheit, in welcher sich der Verkehr im konkreten Falle hinsichtlich der Frage befindet, wo das betreffende Register geführt wird, die Anforderungen, welche das Verständnis des Registers in technischer und juristischer Beziehung an den Laien stellt, endlich die nicht zu unterschätzende natürliche Trägheit des bürgerlichen Verkehrs, das sind Momente, welche das öffentliche Register ungeeignet machen, im bürgerlichen Rechtsleben eine Rolle zu spielen. Nur bei besonders wichtigen Geschäften, wie es die Geschäfte über Liegenschaftsrechte fast durchwegs sind, wird das öffentliche Buch seinen Dienst tun. Weniger Bedenken unterliegen jene Fälle, in denen es möglich ist, den legitimierenden Tatbestand in die Hände des Scheinberechtigten zu geben, wie dies beim Erbscheine und Testamentsvollstreckerzeugnisse zutrifft. Im

übrigen aber wird man sich gegen eine weitere „Registrierung" des Rechtslebens skeptisch zu verhalten haben, zumal die Zahl der öffentlichen Register im umgekehrten Verhältnisse zu ihrem praktischen Werte steht. Der schweizerische und ungarische Entwurf sind in dieser Hinsicht mit Recht zurückhaltender gewesen als das deutsche Gesetzbuch.

Viel zukunftsreicher scheint mir dagegen der Gedanke zu sein, den Schutz des gutgläubigen Verkehrs an die natürlichen äußeren Tatbestände der Rechte und Rechtsverhältnisse zu knüpfen, jener Gedanke, der dem fahrnisrechtlichen Schutze zu Grunde liegt, der sich, wie wir sehen werden, in Theorie und Praxis schon in den verschiedensten Verkleidungen Geltung verschafft hat und dem auch die neuere Gesetzgebung in gewissen Fällen Rechnung getragen hat. Den Übergang zu diesen natürlichen bilden jene künstlichen Tatbestände, welche nicht die Rechtsordnung, sondern der Verkehr selbst sich geschaffen hat, um gewisse rechtlich relevante Momente äußerlich kennbar zu machen. Hieher gehören vor allem die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, welche bezwecken, einen äußeren Tatbestand der Gläubigereigenschaft zu schaffen, und mit denen die Rechtswirkung verbunden ist, daß der Schuldner, der in gutem Glauben an den durch den Besitz der Marke gebildeten Tatbestand leistet, von seiner Verpflichtung befreit wird.



III. Natürliche äußere Tatbestände.

1. Die Urkunde.

Die Urkunde ist die wichtigste Form, in der sich ein Recht oder Rechtsgeschäft nach außen hin verkörpern kann; sie bildet eine besonders geeignete Grundlage für den Verkehrsschutz. Im weitesten Umfange und in den verschiedensten Formen hat denn auch das Verkehrsrecht von dem Gedanken Gebrauch gemacht, daß sich der Dritte hinsichtlich des Inhaltes und Umfanges des in der Urkunde verbrieften Rechtes auf den Inhalt der Urkunde verlassen dürfe. (Skripturrechtliche, schriftrechtliche Papiere.) Daneben steht der Gedanke der Legitimation durch die Urkunde, so daß entweder der Besitz der Urkunde allein oder im Vereine mit einer weiteren formalen Legitimation (Indossament) den Inhaber als Berechtigten legitimiert. In der ausschließlichen Legitimationswirkung der Urkunde liegt zugleich die Grundlage des Instituts der Wertpapiere.[1]) Sie führt zu der weiteren Folge, daß die Verwertung des in der Urkunde verbrieften Rechtes durch die Inhabung derselben privatrechtlich bedingt ist[2]) und daß die

---

[1]) So insbesonders Jacobi, die Wertpapiere in Fischers Abhandlungen, Bd. 8, H. 1 und das Wertpapier als Legitimationsmittel a. a. O., Bd. 14, H. 1; dagegen Pappenheim, Krit. Vjschr., 44, S. 334 ff.; Langen, Arch. f. bürg. R., 27, S. 161 ff.; vgl. im übrigen Gierke, D. Pr. R., II, S. 103 ff.

[2]) Die bekannte Definition Brunners in Endemanns Handb., II, S. 147; enger der schweiz. Entw., A. 1682: Wertpapier im Sinne dieses Gesetzes ist eine jede Urkunde, mit der ein Recht auf das sie lautet, derart verknüpft erscheint, daß ohne die Urkunde das Recht weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann.

Schicksale des Rechtes aus dem Papiere in höherem oder geringerem Maße verknüpft sind mit dem Rechte am Papier.

Es handelt sich demnach hier um Rechtsformen, welche aus der allgemeineren Idee des Schutzes des Vertrauens auf äußere Tatbestände emporgewachsen sind, die aber bereits zur Ausbildung eines Sonderrechtes gelangt sind, welches die neuere Theorie in der Lehre von den Wertpapieren zusammenfaßt.

Das moderne Zivilrecht kennt aber auch Fälle, in denen die Urkunde nach außen hin lediglich als objektive Grundlage für den guten Glauben des Dritten in Betracht kommt. Auf diese Fälle ist hier näher einzugehen.

§ 405 des deutschen BGB. bestimmt:

Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte.

Der Vertrauensschutz ist demnach ein ziemlich beschränkter. Nur die Einwendungen der Simulation und der vertragsmäßigen Unabtretbarkeit werden abgeschnitten; in allen übrigen Beziehungen kann sich der Dritte auf die Urkunde nicht verlassen, insbesondere können ihm mündliche Nebenverabredungen, welche in die Urkunde nicht aufgenommen wurden, ohneweiters entgegengesetzt werden.

Betrachten wir diese Regelung vom Standpunkte unseres Prinzips der Kongruenz des Vertrauensschutzes mit dem rechtfertigenden Tatbestande, so scheint dieselbe zu eng zu sein. Der verkehrsübliche logische Schluß wird dahin gehen, daß ein Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sei, und zwar in der Art und dem Umfange, wie es in der Urkunde niedergelegt ist. Warum schützt das Gesetz dieses Vertrauen nur nach einzelnen Richtungen? Auch hier bringt die Entstehungsgeschichte der Bestimmung Aufklärung.

Schon im gemeinen Rechte war der Grundsatz vertreten worden, daß die Simulation gutgläubigen Dritten, die im Vertrauen auf die Echtheit des simulierten Rechtsgeschäftes gehandelt haben, nicht eingewendet werden könne.[1]) Der Entwurf I hatte eine derartige Schutzvorschrift abgelehnt. In der 2. Kommission[2]) wurde der Antrag gestellt, zu bestimmen: „Rechte, welche ein gutgläubiger Dritter auf Grund des Scheingeschäftes erworben hat, werden durch diese Nichtigkeit (des Scheingeschäftes) nicht berührt." Dieser Antrag wurde von der Kommission abgelehnt, und zwar, wie ich glaube, mit vollem Rechte. Bei einem derartigen Schutze des Dritten würde völlig abgesehen von dem wichtigsten Erfordernisse des Verkehrsschutzes, von einer objektiven Grundlage für das Vertrauen des Dritten.[3]) So lange für den Zessionar nichts anderes vorliegt, als die Behauptung des Zedenten, daß er von einem anderen etwas zu fordern habe, ist kein Grund vorhanden, den Dritten gegen die Einwendung der Simulation zu schützen; aus welchem Grunde sollte auch der Schuldner, der gar nichts dazu beigetragen hat, um die Täuschung des Zessionars zu ermöglichen, dem Dritten haftbar gemacht werden?[4]) Von einem Vertrauen des Dritten auf das simulierte Rechtsgeschäft kann nur dann die Rede sein, wenn das Rechtsgeschäft in einem

---

[1]) Vgl. insbesonders Dernburg, Pand. I, § 100.

[2]) Prot., I, S. 95 ff.

[3]) Dernburg a. a. O. gibt das Beispiel, daß die zum Schein gekaufte Sache vom Scheinkäufer an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert wird. Hier ist der Schutz des Dritten allerdings gerechtfertigt aber nicht wegen seines Vertrauens auf das simulierte Rechtsgeschäft, sondern mit Rücksicht auf den Besitz des Verkäufers. Nach deutschem BGB. greift daher hier § 932 ff. ein.

[4]) Der ungar. Entw., § 985, gibt dem Dritten, der auf die Geltung des Scheinvertrages vertraut hat, einen Schadensersatzanspruch gegen beide Vertragsparteien. Das ist ein unhaltbarer Standpunkt, der um so merkwürdiger ist als der ungar. Entw. hinsichtlich der Einrede der Unabtretbarkeit der Auffassung des deutschen BGB. folgt (§ 1251).

Tatbestande verkörpert ist, welcher geeignet ist, das Vertrauen des Dritten zu erwecken.

Mit Recht hat daher schon der code civil den Schutz des Dritten gegenüber simulierten Rechtsgeschäften an das Vorhandensein einer Urkunde geknüpft; a. 1321 bestimmt in der Lehre von dem schriftlichen Beweise:

> Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont point d'effet contre les tiers.

Auf Grund dieses Artikels hat die französische Praxis in zahlreichen Entscheidungen den Schutz des guten Glaubens an die Urkunde anerkannt. Die ältere französische Theorie hat hier mit merkwürdigen Fiktionen operiert, denen wir in ähnlicher Form auch in der neueren deutschen Literatur begegnen werden. Es wurde angenommen, daß auf Grund der nach außen hin (durch die Urkunde) sichtbaren Willenserklärung der Empfänger derselben im Verhältnis zum gutgläubigen Dritten nach der Parteiabsicht eine wirkliche Berechtigung (un titre réel et non vicieux) habe, während im Verhältnis zum Aussteller der Urkunde infolge der geheimen Gegenverabredung diese Berechtigung fehle. Hier wird also der Schutz des gutgläubigen Dritten auf den Parteiwillen zurückgeführt, eine offenbare Fiktion, die auch von der neueren französischen Doktrin aufgegeben wurde. Nicht der Parteiwille, sondern der durch die Urkunde erzeugte Rechtsschein ist es, der dem Schutze des Dritten als Grundlage dient.[5])

Mit voller Klarheit wurde das Erfordernis einer objektiven Grundlage für das Vertrauen des Dritten bei der Beratung des § 405 in der 2. Kommission erkannt[6]): „Besondere Gründe für den Schutz des Erwerbers einer Schein-

[5]) Vgl. dazu die Nachweisungen bei Kohler, Iherings Jahrb., 16, S. 137 f. und Hartmann, Iherings Jahrb., 20, S. 5 ff.

[6]) Prot., I, S. 390.

forderung seien . . . nur vorhanden, wenn über die Scheinforderung eine Urkunde ausgestellt sei . . . Der Scheinschuldner, welcher eine Urkunde ausstelle, verkörpere in dieser gewissermaßen seinen simulierten Verpflichtungswillen, er gebe ein Schriftstück aus der Hand, welches an jeden Leser das Ansinnen stelle, seinen Inhalt als ernstlich gemeint anzusehen und deshalb geschehe dem Aussteller nicht unrecht, wenn ihm zugemutet werde, dafür einzustehen, daß das Vertrauen des Erwerbers auf die beurkundete Erklärung nicht getäuscht werde.“ [7])

Aus der Entstehungsgeschichte des § 405 ergibt sich demnach, daß die Redaktoren von vornherein gar nicht von der Frage ausgegangen sind, ob und inwiefern der gute Glaube an die Urkunde zu schützen sei, sondern von der, unter welchen Voraussetzungen dem Dritten ein Schutz gegen die Einwendung der Simulation zuzugestehen sei. Jedoch schon bei der Beratung dieser Frage wurde erkannt, daß man damit auf einen Gedanken gestoßen sei, der zu weiteren Folgerungen führe. Es wurde insbesondere geltend gemacht, die Durchführung des zu Grunde liegenden Gedankens nötige dazu, dem gutgläubigen Erwerber einer verbrieften Forderung gegenüber auch mündliche Nebenabreden für unwirksam zu erklären. Die Kommission lehnte jedoch diese Folgerung ab: „denn der Erwerber könne zwar mit Recht darauf vertrauen, daß es dem Aussteller mit der beurkundeten Erklärung, die er zu dem Zwecke beurkundet habe, damit sie als ernst gemeint angesehen werde, auch wirklich ernst gewesen sei, und in diesem Vertrauen solle er geschützt werden. Dagegen könne er sich nicht darauf verlassen, daß die Urkunde über ein ernstlich gemeintes Rechtsgeschäft den Vertragswillen voll-

[7]) Auch das schweiz. O. R., A. 16, schützt den Dritten nur dann „wenn er ein schriftliches Schuldbekenntnis besitzt.“ Vgl. auch O. R., A. 189, Abs. 2 und § 1033 des Entwurfes.

ständig enthalte, daß nicht noch andere Abreden zwischen den Parteien getroffen seien." Diese Argumentation scheint mir nur dann verständlich, wenn man die zu rechtfertigende gesetzliche Regelung bereits als gegeben annimmt. Denn daß sich der Dritte, dem eine verbriefte Forderung zediert wird, auch darauf verlassen wird, daß die Urkunde das geschlossene Rechtsgeschäft vollständig wiedergibt, ist doch wohl zweifellos.

Bei der Revision des II. Entwurfes ging man denn auch über den Fall der Simulation bereits hinaus (Prot. VI, S. 167). Es wurde der Antrag gestellt, den Dritten auch gegen die Einwendung der vertragsmäßigen Unabtretbarkeit der Forderung zu schützen. Dagegen wurde eingewendet, „der Fall eines zum Schein eingegangenen Schuldverhältnisses und der mit einer Einrede behafteten Forderung lägen verschieden. Das pactum de non cedendo hinsichtlich seiner Wirksamkeit gegenüber dem Erwerber der Forderung anders zu behandeln, als sonstige Einreden, bestehe kein Grund. Im weiteren Ausbau würde dies dazu führen, jede Urkunde über eine Forderung hinsichtlich der Zulässigkeit von Einreden einem Wechsel gleichzustellen." Der Antrag wurde trotzdem angenommen. „Man war der Ansicht, daß neben der weiten Ausdehnung, die der Schutz des guten Glaubens im Sachenrechte erfahren habe, es befremden müßte, wenn nicht auch der gutgläubige Erwerber einer Forderung weiter, als der Entwurf dies tue, geschützt würde. Der Schuldner dürfe sich nicht beklagen, wenn er so unvorsichtig sei, die Abrede der Unübertragbarkeit nicht in die Urkunde aufzunehmen."

Wenn man nun dem Schuldner, wie es hier geschieht, eine gewisse Diligenzpflicht hinsichtlich der Schuldurkunde mit Rücksicht auf eine mögliche Zession auferlegt, so ist nicht abzusehen, warum sich die im Interesse des Dritten geforderte Diligenz nur auf die Vereinbarung der Unabtretbarkeit beschränken soll. Ganz dasselbe läßt sich anführen für andere Nebenverabredungen, die aus der Schuldurkunde nicht er-

sichtlich sind oder mit ihr im Widerspruche stehen. Diese letzteren Fälle stehen ja auch schon hart an der Grenze der Simulation.[8])

Die Bestimmung des § 405 scheint mir daher tatsächlich nur einen Anfang zu bedeuten, von dem aus eine Fortentwicklung möglich und wahrscheinlich ist; zunächst nach der Richtung, daß der Dritte geschützt wird gegen Einwendungen aus Nebenverabredungen, welche aus der Urkunde nicht erhellen.[9]) Dieser Gedanke hat in denjenigen Gesetzgebungen einen besonderen Rückhalt, die aus anderweitigen Gründen mündlichen Nebenverabredungen, welche in die Urkunde nicht aufgenommen wurden, ihre Wirksamkeit absprechen.[10])

Freilich wird man diesen Schutz vorläufig nur hinsichtlich derjenigen Nebenverabredungen eintreten lassen dürfen, welche vor oder bei Errichtung der Urkunde getroffen wurden. Hier wird man vom Schuldner, wenn es sich um verkehrsfähige Forderungen handelt, billig verlangen können, daß er für die Aufnahme derartiger Verabredungen in die Urkunde Sorge trage. Gegen spätere Vereinbarungen wird man dem Dritten einen Schutz grundsätzlich nicht gewähren können. Die Rechtsordnung kann sich über die Tatsache nicht hinwegsetzen, daß die Aufnahme solcher nachträglicher Verabredungen in die ursprüngliche Urkunde im bürgerlichen Verkehre keineswegs üblich ist und kann dem Schuldner nicht im Interesse des Dritten eine Diligenz aufzwingen, die mit den Verkehrsgewohnheiten im Widerspruche steht.[11]) Erst wenn es im

[8]) Cosack, I, § 114, III, 3a; vgl. auch Crome, II, § 200, A. 31.

[9]) Das wird als geltendes Recht vorgetragen von Endemann, I, § 152, 1c; Hachenburg, Vortr., S. 199 ff.; dagegen aber die herrschende Meinung.

[10]) Vgl. Art. 1341 cod. civ.; Pr. L. R., § 127 ff., I, 5; österr. BGB. § 887.

[11]) Das übersieht Endemann a. a. O., der hinsichtlich der extensiven Interpretation des § 405 viel zu weit geht und sogar „unbedenklich" den

Rechtsleben üblich würde, spätere Verabredungen in der Schuldurkunde nachzutragen, könnte ein Schutz des Dritten nach dieser Richtung ins Auge gefaßt werden; erst dann wäre das Vertrauen des Dritten auf das Fehlen nachträglicher Vereinbarungen verkehrsmäßig gerechtfertigt.

Gerade dann aber, wenn man die Vorschrift des § 405 für entwicklungsfähig hält, wird man hinsichtlich der Auslegung derselben davon auszugehen haben, daß der Schutz unter allen Umständen nur dem gutgläubigen Dritten zum Vorteile gereichen darf. Planck[12]) behauptet im Anschlusse an die Protokolle, daß der der übertragenen Forderung anhaftende Mangel durch die erste Abtretung an einen gutgläubigen Zessionar definitiv geheilt werde, so daß ein späterer Zessionar selbst dann geschützt sei, wenn er schlechtgläubig ist. Die Fassung des Gesetzes zwingt zu dieser Auslegung nicht und auch aus der ratio legis kann eine Auffassung nicht begründet werden, welche zu einem Schutze des schlechtgläubigen Dritten führt.[13]) Was für diese Ansicht vorgebracht wird, ist rein doktrinärer Natur. Anderseits wird die Norm des § 405 gewiß auch dann zur Anwendung zu bringen sein, wenn ein schlechtgläubiger Erwerber die Forderung an einen gutgläubigen weiterüberträgt.[14])

---

§ 796 hier zur Anwendung bringen will, der für Inhaberpapiere bestimmt, daß dem Inhaber nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen oder sich aus der Urkunde ergeben oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen.

[12]) Erl. 5 zu § 405; vgl. auch Hellwig, Rechtskraft, S. 295, A. 20 und neuestens Kohler, Lehrb., II, 1 § 61, S. 167.

[13]) Die herrschende Meinung hat sich mit Recht gegen Planck ausgesprochen; vgl. Staudinger-Kuhlenbeck, Erl. I, 3; Oertmann, Erl. 3; Schollmeyer, Erl. 3 zu § 405; Dernburg, II, § 140, A. 2; Crome, II, § 200, II, 2 a: Endemann, § 152, A. 38.

[14]) So auch die herrschende Meinung; vgl. die Zitate der vorigen Note und auch Planck, Erl. 5 zu § 405.

Hervorzuheben ist, daß das Gesetz in § 405 einem Erfordernisse des Vertrauensschutzes Rechnung getragen hat, das schon mehrfach betont wurde, dem Erfordernisse des Kausalzusammenhanges: der Dritte ist nur geschützt, wenn die Abtretung unter Vorlegung der Urkunde erfolgt ist. Hier ist demnach jene Notwendigkeit des Zusammenhanges zwischen dem guten Glauben und seiner objektiven Grundlage anerkannt[15]), die das deutsche Gesetzbuch in anderen Fällen völlig außer acht gelassen hat.[16])

Von Wichtigkeit ist endlich die Frage, ob es für die Anwendbarkeit des § 405 von Bedeutung ist, daß die Ausstellung oder Aushändigung der Schuldurkunde vom Gläubiger erzwungen oder durch arglistige Täuschung veranlaßt wurde, ferner daß der Aussteller der Urkunde in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt ist usw.; z. B. es hätte ein Minderjähriger das betreffende Rechtsgeschäft mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen und nachträglich ohne diese Einwilligung dem Gläubiger eine Urkunde ausgefertigt.

Die Normen über die Willenserklärung und Willensmängel können hier nicht zur Anwendung kommen, da in der Ausstellung einer Urkunde an sich keine Willenserklärung gelegen ist, und zwar weder gegenüber dem Gläubiger, noch gegenüber dem Dritten, dem die Urkunde vorgelegt wird. Anderseits können die angeführten Umstände nicht ohne Belang sein, da die Redaktoren die Norm des § 405 wiederholt damit rechtfertigen, daß dem Schuldner, der die Urkunde aus der Hand gibt, nicht Unrecht geschehe, wenn er dafür einstehen muß. Diese Argumentation trifft in den obigen Fällen nicht durchwegs zu.

---

[15]) Über die Möglichkeit, daß der Dritte die ihm vorgelegte Urkunde nicht liest, darf die Gesetzgebung allerdings hinweggehen.

[16]) Vgl. oben S. 29, 38 ff., 52.

Bei der Lösung dieser Fragen wird man davon auszugehen haben, daß der Schuldner durch die Aushändigung der Urkunde einen äußeren Tatbestand schafft, der die objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten bildet. Es liegt hier durchaus derselbe Gedanke vor, den wir im Fahrnisrechte getroffen haben, wo der Besitz die Funktion dieser rechtfertigenden Grundlage trägt.[17]) Wir haben dort gesehen, daß das Gesetz (§ 935) entscheidendes Gewicht darauf legt, ob der äußere Tatbestand mit oder ohne Zutun des Eigentümers zu stande gekommen ist und daß nur im ersteren Falle ein Schutz des guten Glaubens eintritt. Wir werden daher berechtigt sein, diesen Gedanken auch hier zur Geltung zu bringen, d. h. die Anwendung des § 405 auszuschließen, wenn die Ausstellung oder Übergabe der Urkunde „unfreiwillig" erfolgte. Für die Auslegung dieses Erfordernisses sind die aus der Interpretation des § 935 gewonnenen Resultate heranzuziehen.[18]) Der Schutz des § 405 greift darnach nicht ein, wenn der Aussteller in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war oder unter dem Eindrucke absoluten Zwanges handelte, wenn ihm die Urkunde gestohlen worden war oder er sie verloren hatte, wohl aber dann, wenn die Ausfolgung durch Irrtum, Drohung oder Betrug veranlaßt war.

In viel weiterem Umfange als die kontinentalen Gesetzgebungen schützt das englische Recht das Vertrauen auf die Urkunde. Dieser Schutz des guten Glaubens an die Urkunde ist nur ein Anwendungsgebiet eines allgemeineren Prinzips, das in der Lehre vom „estoppel" zum Ausdrucke gelangt, auf welche später noch zurückzukommen sein wird. Hinsichtlich der Urkunde hält das englische Recht daran fest, daß der Urkundenaussteller an seine Urkunde gebunden sei. Er wird

---

[17]) Dieser Zusammenhang des § 405 mit dem fahrnisrechtlichen Verkehrsschutz wird auch hervorgehoben von Endemann, I, § 152, A. 17.

[18]) Vgl. oben S. 20 f.

durch seine eigene Urkunde gehindert (estopped), etwas zu behaupten, was im Widerspruche mit ihr steht.[19])

---

[19]) Vgl. Jacobi, Das Wertpapier als Legitimationsmittel, S. 50 f; Schuster, Der englische Aktienschein in den Festgaben für Koch, S. 331, A.; Stephen, New Commentaries on the laws of England (1903), II, S. 144 f., 282.

B. Die Zessionsurkunde.

In § 409 bestimmt das deutsche BGB.: Wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung der Forderung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt, muß er dem Schuldner gegenüber die Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt, oder nicht wirksam ist.

In den Protokollen[1]) wird mit Recht die Verwandtschaft dieser Bestimmung mit § 405 hervorgehoben. Auch hier handelt es sich offenbar darum, daß sich der Schuldner auf den durch die Zessionsurkunde gebildeten äußeren Tatbestand der Abtretung soll verlassen können. Der im § 409 enthaltene Rechtssatz entspricht jedoch diesem Grundgedanken nicht völlig. Es fehlt vor allem im Gegensatze zu § 405 die Einschränkung des Schutzes auf den gutgläubigen Schuldner. Der erste Entwurf (§ 306) enthielt noch den Beisatz, daß die Schutzvorschrift keine Anwendung finde, wenn der Schuldner zur entscheidenden Zeit von der Richtigkeit der beurkundeten Übertragung Kenntnis hatte. Von der 2. Kommission wurde dieser Beisatz gestrichen. Die Gründe, die dafür angeführt wurden[2]), sind nichts weniger als überzeugend. Man nahm an, „es liege kein Grund vor, der Kenntnis des Schuldners von der Richtigkeit der beurkundeten Übertragung die im Entwurfe beabsichtigte Wirkung beizulegen, während in dem verwandten Falle der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde

---

[1]) I, S. 390.
[2]) I, S. 395.

der Kenntnis desjenigen, dem sie vorgelegt werde, von der Richtigkeit der Bevollmächtigung die gleiche Wirkung ... nicht beigelegt sei". Dieses Symmetriegefühl ist hier um so weniger angebracht, als bei der Vollmachtsurkunde, wie wir sehen werden, die von den Redaktoren angenommene Gleichgültigkeit der Kenntnis von der Richtigkeit gar nicht zutrifft.[3])

Nun ließe sich ja die Streichung des einschränkenden Beisatzes auch vom Standpunkte des Vertrauensschutzes aus rechtfertigen. Es ist zweifellos im Interesse des Schuldners gelegen, daß die Frage, ob er von der internen Sachlage Kenntnis hätte, gar nicht aufgeworfen werden darf. Im Interesse der Praktikabilität des Rechtssatzes müßte dann eben der Umstand mit in Kauf genommen werden, daß auch der schlechtgläubige Schuldner sich des gesetzlichen Schutzes erfreut. Eine derartige technische Vereinfachung des Verkehrsschutzes findet sich insbesondere im modernen Handelsrechte ziemlich häufig.[4]) Man wird freilich bezweifeln dürfen, ob auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes eine derartig scharfe Durchführung des Schutzes gerechtfertigt sei[5]), insbesondere in unserem Falle, wo große Verkehrsinteressen nicht am Spiele stehen.

Viel bedenklicher aber ist folgendes. Der tiefere Grund für die Streichung jenes, der Tendenz der Bestimmung völlig entsprechenden Beisatzes liegt in der Gleichstellung des Falles der Ausstellung einer Abtretungsurkunde mit dem Falle, daß der Gläubiger dem Schuldner die Zession anzeigt. Hier soll sich der Schuldner auf die Anzeige des Gläubigers verlassen dürfen (§ 409, Satz 1). In der Anzeige aber erblicken die

---

[3]) Das gibt auch Planck, Erl. 3 zu § 409 zu.

[4]) Vgl. etwa die Bestimmungen über den Umfang der Prokura, A. 43 a. HGB., § 50 R. HGB.

[5]) Vgl. auch Dernburg, II, § 141, A. 5; Staudinger-Kuhlenbeck, Erl. 1 zu § 409.

Redaktoren[6]) eine Willenserklärung, „eine Kundgebung des Willens seitens des Gläubigers, daß der Schuldner den in der Anzeige bezeichneten Dritten fortan als alleinigen Gläubiger zu betrachten, nur an diesen Dritten zu leisten und nur mit ihm sich in Verhandlungen einzulassen habe". Von diesem Standpunkte aus, dessen Berechtigung vorläufig dahingestellt bleiben mag, ist es freilich gleichgültig, ob der Schuldner hinsichtlich der Richtigkeit der Anzeige in gutem oder schlechtem Glauben ist. Dem Falle der Anzeige stellen aber schon die Motive[7]) den der Ausstellung der Urkunde „im allgemeinen" gleich, wenn auch im ersten Entwurfe, wie erwähnt, für diesen letzteren Fall noch die Einschränkung auf den gutgläubigen Schuldner beibehalten wurde. Die 2. Kommission hat nun lediglich die Konsequenzen dieser Gleichstellung gezogen, indem sie auch bei der Ausstellung der Zessionsurkunde den guten Glauben des Schuldners als irrelevant erklärte. Auf diese Weise ist also der Gedanke, daß es sich hier um den Schutz des Vertrauens auf die Urkunde handle, in den Hintergrund getreten und die Rechtsnorm auf eine in der Urkundenausstellung gelegene Willenserklärung des Gläubigers zurückgeführt. So lehrt denn auch Planck[8]): „Insbesondere ist zu beachten, daß die Ausstellung der Urkunde an den in derselben bezeichneten Gläubiger die auf die Anzeige gerichtete Willens-

---

[6]) Mot., II, S. 135.

[7]) Mot., II, S. 136.

[8]) Erl. 3 zu § 409; vgl. auch Crome, II, § 199, A. 48; Kohler, Lehrb., II, 1, § 62, S. 172; Endemann, I, § 152, 2 c; Staudinger-Kuhlenbeck, Erl. 1 zu § 409; Dernburg, II, § 141, II; Ramdohr, S. 683 f. Dagegen aber Hellwig, Rechtskraft, S. 384 f., der energisch betont, daß die Wirkung der Anzeige, bezw. Aushändigung der Abtretungsurkunde nicht auf eine Willenserklärung des Gläubigers zurückzuführen sei; neuestens auch Sohm, der Gegenstand (in den „drei Beiträgen" für Degenkolb), S. 58 f.

erklärung enthält und daß diese Willenserklärung dem Schuldner durch die Vorlegung der Urkunde zugeht."

Die praktischen Konsequenzen dieser Konstruktion bestehen darin, daß einerseits der Schutz des § 409 auch dem schlechtgläubigen Schuldner zu gute kommt — gewiß kein erwünschtes Resultat — und daß andrerseits der gutgläubige Schuldner der Gefahr ausgesetzt ist, daß die ihm „durch die Vorlegung der Urkunde zugegangene Willenserklärung" des Gläubigers wegen Willensmängeln angefochten werden kann.

Nun ist freilich die Frage, wie sich die Anfechtung wegen Willensmängeln in diesem Falle gestaltet, nicht ganz einfach zu beantworten. Es ist ja von vornherein klar, daß die hier angenommene Willenserklärung des Gläubigers eine reine Fiktion ist. Da man damit den realen Boden verläßt, ist es natürlich auch der Phantasie des Einzelnen freigestellt, was er sich als Inhalt dieser fingierten Willenserklärung denken will. Nach den Motiven hätte die Willenserklärung den Inhalt, daß der Schuldner sich nunmehr an den in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger zu halten und daß er nur diesem zu leisten habe.[9]) Es ist jedenfalls eine höchst eigenartige Willenserklärung, die darin besteht, dem Empfänger sein ferneres Verhalten vorzuschreiben, übrigens ein Versuch mit untauglichen Mitteln, da der Schuldner trotzdem zweifellos berechtigt ist, die Legitimation des Urkundeninhabers zu bestreiten. In dieser Formulierung des Inhaltes der „Willenserklärung" zeigt sich sehr deutlich, daß das, was der Schuldner angesichts der Urkunde und im Vertrauen auf dieselbe vernünftigerweise tun wird, ganz willkürlich auf den Willen des Gläubigers zurückgeführt wird.

Planck spricht, wie wir gesehen haben, von einer auf

---

[9]) So auch Hachenburg, Vortr., S. 241; Schollmeyer, Erl. 1 zu § 409.

Anzeige gerichteten Willenserklärung. Da nun auch die Anzeige selbst eine Willenserklärung sein soll, so hätten wir es mit einer auf Willenserklärung gerichteten Willenserklärung zu tun, mit einer Willenserklärung zur zweiten Potenz — aber ohne faßbaren Inhalt. Angesichts dieser Schwierigkeiten hinsichtlich des Inhaltes der angeblichen Willenserklärung läßt sich auch kaum sicher feststellen, zu welchen Ergebnissen die Anfechtung wegen Willensmängeln führen soll. Da es sich um eine dem Gläubiger imputierte Willenserklärung handelt, die im praktischen Leben keine Basis hat, wird der Gläubiger vielleicht geltend machen können, daß es ihm gar nicht eingefallen sei, durch die Ausstellung der Urkunde eine derartige Erklärung abzugeben (§ 119); kann ihm dann etwa entgegengehalten werden, daß er die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles" abgegeben haben würde? Jedenfalls wird es dem Gläubiger leicht möglich sein, darzutun, daß er über den Inhalt der ihm zugemuteten Willenserklärung im Irrtum war. Ich befürchte daher, daß die Anwendung der Irrtumsnormen auf diese „Willenserklärung" zu dem Resultate führt, daß diese Erklärung in aller Regel anfechtbar ist; damit wäre der Schutz des Schuldners illusorisch gemacht.

Wie steht es ferner in Fällen, wo der Gläubiger dem Zessionar die Vorlegung der Urkunde aus irgend einem Grunde verboten hat? Liegt auch hier in der Ausstellung der Urkunde eine auf Anzeige an den Schuldner gerichtete Willenserklärung? oder greift, wenn der Zessionar dem Schuldner die Urkunde trotzdem vorlegt, § 409 nicht ein? oder wäre in diesem Falle eine Mentalreservation anzunehmen, weil der Gläubiger insgeheim etwas anderes gewollt hat, als was er dem Schuldner gegenüber durch Ausstellung der Urkunde kraft gesetzlicher Fiktion erklärt haben soll?

Es ist auch möglich, daß die vom Gläubiger aus der

Hand gegebene Urkunde lediglich ein Entwurf ist, der während der Vorverhandlungen über die Zession dem künftigen neuen Gläubiger nur zur Einsicht übergeben wurde. Daß dem Schuldner der Schutz des § 409 zu gute kommen muß, wenn der Inhaber die Urkunde mißbraucht, scheint mir sicher. Vom Gesichtspunkte der Willenserklärung aus wird man zu diesem Ergebnisse nicht gelangen können.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Konstruktion verfehlt ist und zu unhaltbaren Ergebnissen führt. Der richtige und naturgemäße Gedanke ist der, daß der Schuldner in seinem Vertrauen auf die Zessionsurkunde geschützt werden muß. Diesem Gedanken widerspricht es aber, hier eine Willenserklärung des Gläubigers zu fingieren, die der Anfechtung wegen Willensmängeln ausgesetzt ist. Neuestens hat auch Sohm[10]) gegen die herrschende Ansicht Einsprache erhoben und betont, daß alle „Legitimationsgründe rein äußerlicher tatsächlicher Art und von rechtssatzmäßiger, zwingender, nicht gewillkürter Wirkung" seien und daß darum „der Legitimationsgrund niemals durch Anfechtung rückwärts verschwinden" könne.

Auch hier kann es jedoch nicht gleichgültig sein, ob der dem Vertrauen des Schuldners zu Grunde liegende äußere Tatbestand mit oder ohne Zutun des Gläubigers zu stande gekommen ist. Die Sachlage ist ganz dieselbe wie im Falle des § 405 und wir werden daher hinsichtlich dieser Frage die Analogie des § 935 heranzuziehen haben.

Dem Erfordernisse des Kausalzusammenhanges zwischen dem guten Glauben und der rechtfertigenden Grundlage ist auch in § 409 Rechnung getragen: der Schutz tritt nur ein, wenn der neue Gläubiger dem Schuldner die Urkunde vorlegt.

Was nun die Anzeige der erfolgten Zession anlangt, welche den Anlaß dazu gegeben hat, die Wirkung der Urkunden-

---

[10]) Gegenstand, S. 58 f.

ausstellung auf eine Willenserklärung des Gläubigers zurückzuführen, so wird man auch hier die Ansicht ablehnen müssen, daß die Anzeige eine Willenserklärung sei.[11]) Die Anzeige ist lediglich eine Benachrichtigung von einer in der Vergangenheit gelegenen Willenserklärung, eine bloße Tatsache, an welche das Gesetz möglicherweise Rechtswirkungen knüpfen kann, die aber dadurch noch nicht zum Rechtsgeschäfte wird. Die entgegengesetzte Auffassung würde wieder zu der Möglichkeit der Anfechtung der Anzeige wegen Willensmängeln und damit zu verkehrten praktischen Resultaten führen. Wenn der Gläubiger die Anzeige gegen sich gelten lassen muß, falls die Abtretung nicht erfolgt oder unwirksam ist, dann kann es auch nicht zulässig sein, daß der Gläubiger die Anzeige wegen Irrtums anficht, weil er sich etwa in der schriftlichen Anzeige verschrieben und statt des Namens des wahren Gläubigers den Namen von dessen Stellvertreter, mit dem er den Abtretungsvertrag geschlossen hatte, in die Anzeige aufgenommen hat. Der Grundsatz, daß der Gläubiger die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen muß, beruht auf demselben Gedanken, wie der Schutz des Schuldners gegenüber der vorgelegten Zessionsurkunde, nur das objektive Moment ist ein anderes. Im letzteren Falle bildet der in der Urkunde verkörperte äußere Tatbestand der erfolgten Abtretung die Grundlage für den guten Glauben des Schuldners; im ersteren Falle tritt uns die Anzeige des Berechtigten als rechtfertigende Grundlage des Vertrauens des Dritten entgegen.[12]) Diese Anzeige legitimiert den in der Anzeige Bezeichneten dem Schuldner gegenüber ganz ebenso als neuen Gläubiger, wie die Vorlage der Zessionsurkunde.[13])

---

[11]) Gegen die herrschende Ansicht auch Sohm und Hellwig a. a. O.

[12]) Vgl. auch § 576 hinsichtlich der Anzeige des Vermieters an den Mieter über eine erfolgte Eigentumsübertragung; ferner § 171.

[13]) Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 92 ff., will § 409 auf den allgemeinen Gedanken der „Behauptung als

Da die Anzeige hier die Funktion eines rechtfertigenden Tatbestandes trägt, wird gefordert werden müssen entweder, daß die Anzeige schriftlich erfolgt, oder daß sie dem Schuldner durch den Gläubiger unmittelbar zukommt. Dagegen kann die durch Vermittlung des neuen Gläubigers erfolgte mündliche Anzeige nicht ausreichen, um für den Schuldner den Schutz des § 409 zu begründen.

Endlich wird auch hier hinsichtlich der Schranken des Vertrauensschutzes der in § 935 gelegene Gedanke zu verwerten sein. Der Schuldner ist gegenüber der schriftlichen Anzeige nicht geschützt, wenn dieselbe dem Gläubiger unfreiwillig abhanden gekommen ist; er ist gegenüber der mündlichen Anzeige nicht geschützt, wenn der Anzeigende geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Dagegen ist es gleichgültig, ob die Anzeige unter dem Einflusse von Betrug, Drohung oder Irrtum erfolgte.

Die gesetzliche Formulierung des § 409 selbst bietet kein Hindernis, zu dem hier vertretenen Ergebnisse zu gelangen, denn der Schutz des schlechtgläubigen Schuldners läßt sich, wie erwähnt, auch vom Standpunkte des Vertrauensschutzes erklären.[14]) Es bestehen aber noch weitere und viel tiefer liegende Gründe, die sich einer sachgemäßen Auslegung des § 409 entgegenstellen. Diese Schwierigkeiten werden bei der Behandlung der analogen Erscheinungen auf dem Gebiete des Vollmachtrechtes ihre Würdigung finden.

Verpflichtungsgrund" zurückführen. Damit käme man wieder zu Fiktionen, denn welche Behauptung sollte in der Ausstellung einer Abtretungsurkunde gelegen sein? Auch praktisch ist damit nichts gewonnen, wenn die „Behauptung", wie Hupka, S. 201 ff., annimmt, nach den Grundsätzen über die Rechtsgeschäfte der Anfechtung unterliegt. Die von Hupka unter dem Gesichtspunkte der Behauptung als Verpflichtungsgrund zusammengestellten Fällen beruhen überhaupt nicht auf einem einheitlichen Grundgedanken. Vgl. dazu auch Kipp, Ztschr. f. H. R., 57, S. 220 ff.

[14]) Rehbein, Erl. 27 zu §§ 398—413, schränkt § 409 auf den gutgläubigen Schuldner ein.

Der ungarische Entwurf hat diese Klippen glücklich vermieden und den Schutz auch nur dem gutgläubigen Schuldner zu teil werden lassen:

> § 1261. Der Zedent, der selbst den Schuldner von der Abtretung verständigt oder dem Zessionar eine Zessionsurkunde ausgestellt oder die Übertragung der Forderung öffentlich kundgegeben hat, kann sich dem Schuldner gegenüber, falls derselbe sich auf dieser Grundlage mit dem Zessionar in Rechtsgeschäfte einließ, nicht darauf berufen, daß die Abtretung . . . nichtig oder anfechtbar sei, es sei denn, daß der Schuldner zu der Zeit, zu welcher er sich in das Rechtsgeschäft einließ, hievon Kenntnis hatte.

Hier ist als weitere rechtfertigende Grundlage auch die öffentliche Kundmachung berücksichtigt, ein wohl nicht allzu praktischer Fall, und ferner mit Recht darauf Gewicht gelegt, daß die Anzeige an den Schuldner unmittelbar erfolgt („selbst").

Seit Laband[1]) ist die Auffassung der älteren Theorie aufgegeben, daß die Vollmacht nur die nach außen gewendete Seite jenes internen Rechtsverhältnisses sei, welches der Vollmacht als Grundlage dient (insbesondere des Mandates).[2]) Ausgehend von der theoretischen Unterscheidung zwischen Vollmacht und Grundverhältnis, hat die neuere Doktrin immer schärfer die Selbständigkeit der Vollmacht gegenüber ihrer causa betont, bis man zu der Behauptung gelangte, die Vollmacht sei ein abstraktes Rechtsgeschäft und als solches materiell völlig unabhängig von dem Bestande des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes.[3])

Zur Ausbildung dieser Theorie hat in erster Linie der Umstand beigetragen, daß gerade auf diesem Gebiete der Verkehr immer dringender darnach verlangte, daß die rechtliche

[1]) Ztschr. f. HR., 10, S. 183 ff.

[2]) Der Angriff Schloßmanns (Die Lehre von der Stellvertretung) auf die herrschende Theorie ist im wesentlichen ohne Erfolg geblieben; vgl. dazu besonders Binder, Krit. Vjschr., 46, S. 347 ff.; Rümelin, Arch. f. ziv. Pr., 93, S. 135 ff. und 293 ff.; Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 298 ff. (Heft 5 der Studien zur Erl. des bürgerl. Rechts von Leonhard); Hellmann, Ztschr. f. den Zivilpr., 31. S. 346 ff.; Hupka, Vollmacht, S. 23 ff. Gegen die herrschende Lehre auch Dniestrzanski, Die Aufträge zu Gunsten Dritter, I, S. 63 ff. und neuestens Seeler, Arch. f. bürgerl. R., 28, S. 9 ff., die sich beide im wesentlichen wieder auf den Standpunkt der alten Mandatstheorie stellen.

[3]) So insbesondere Hupka a. a. O., S. 155 ff.; Enneccerus, I, § 90 f.; Crome, I, § 104, I; dagegen Schloßmann a. a. O., II, 436 ff.; Dniestrzanski a. a. O., S. 107 ff.: Kipp, Ztschr. f. HR., 57, S. 214 ff.

Stellung des Dritten, der sich mit dem Bevollmächtigten in Rechtsgeschäfte eingelassen hat, nicht von internen, ihm unkennbaren Momenten abhängig gemacht werde.[4]) Durch die vollständige Lostrennung der Vollmacht von ihrer causa wird nun freilich dieser Zweck nach bestimmten Richtungen hin in radikaler Weise erreicht, aber zugleich in einer Weise, die über das Ziel weit hinausschießt; denn die Abstraktheit der Vollmacht kommt auch dem schlechtgläubigen Dritten zu gute, d. h. demjenigen, welcher wußte, daß das zu Grunde liegende Verhältnis nicht bestehe oder erloschen sei. Ferner wird der in der Abstraktheit der Vollmacht liegende Schutz jedem Dritten zu teil, ohne Rücksicht darauf, ob irgend eine rechtfertigende Grundlage für das Vertrauen des Dritten gegeben ist; denn die Theorie der Abstraktheit der Vollmacht beschränkt sich nicht auf jene Fälle, wo eine „offene", eine nach außen hin kennbare Vollmacht vorliegt.[5])

Vom Standpunkte des Verkehrsschutzes betrachtet, ist die Theorie der Abstraktheit der Vollmacht ein ebenso ungeeignetes Mittel, wie etwa hinsichtlich des sachenrechtlichen Schutzes die Doktrin von der Abstraktheit der dinglichen Ver-

[4]) Schon Laband a. a. O. hat diesen Gesichtspunkt verwertet; vgl. auch Hupka a. a. O., S. 157 f.; Schloßmann a. a. O., II, S. 454 ff.; Crome, I, § 104, I.

[5]) So aber Endemann, I, § 81, 1—3, der die Abstraktheit nur für die „echte" (nach außen gewendete) Vollmacht gelten läßt. Merkwürdig ist die Stellung Hupkas zu diesen Fragen. Er hält an der Abstraktheit der Vollmacht bei allen Formen der Vollmachterteilung fest, vertritt aber hinsichtlich des Verhältnisses der „internen Instruktion" zur Vollmachtserklärung die Vertrauenstheorie, wobei er (S. 201) ganz richtig hervorhebt, daß ein schutzwürdiges Vertrauen nur dort vorliegt, wo eine objektive Grundlage für den guten Glauben des Dritten gegeben ist. „Wer sich bloß auf die Angaben des Vertreters über die Existenz und den Umfang der Vollmacht verläßt, tut dies auf seine eigene Gefahr". Das soll nach H. (S. 199 u. 221) aber nur dann gelten, wenn die interne Instruktion die „Einschränkung der Vollmacht als solcher intendiert" nicht aber dann, wenn diese Instruktion ein Bestandteil des Grundverhältnisses ist; denn in dem letzteren Falle greift

träge.[6]) Den richtigen Weg hat schon die ältere gemeinrechtliche Doktrin eingeschlagen, indem sie das Vertrauen des Dritten auf die offene Vollmacht schützt.[7]) Auf diesem Standpunkte stand auch das preußische Landrecht, das den Schutz des Dritten grundsätzlich an die Vollmachturkunde oder an die schriftliche Mitteilung der Vollmacht knüpft.[8])

Das deutsche Gesetzbuch nimmt hinsichtlich dieser Frage eine merkwürdige Zwitterstellung ein. § 167 bestimmt, daß die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Hier sind zwei Entstehungsformen der Vollmacht nebeneinander gestellt, die im Verhältnisse nach außen einen ganz verschiedenen Wert haben. Nur im zweiten Falle liegt eine offene Vollmacht vor, die dem Vertrauen des Dritten als Grundlage zu dienen vermag.

Im übrigen spricht die Ausdrucksweise des Gesetzes dafür, daß die Entstehung der Vollmacht von einem ihr zu Grunde liegenden Verhältnisse unabhängig sei. Diese Auffassung wird bestärkt durch § 168, der bestimmt, daß sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zu Grunde liegenden

---

das Prinzip der Abstraktheit der Vollmacht ein, d. h. der Dritte ist ohne jede objektive Grundlage für sein Vertrauen geschützt, ja selbst dann, wenn er schlechtgläubig ist. Wer sollte aber zu unterscheiden vermögen, ob die Partei mit ihrer Instruktion eine Beschränkung der Vollmacht oder eine solche des Auftrages gewollt hat? (Vgl. auch Schloßmann a. a. O., II, 489 f.). Und doch sollen sich an diesen Unterschied für den Dritten diametral entgegengesetzte Rechtsfolgen knüpfen!

[6]) Vgl. dazu Strohal, Iherings Jahrb. 27, S. 406 ff.

[7]) Vgl. Hupka a. a. O., S. 200, A. 1. Über diese Lehre wird im zweiten Teile noch genauer zu handeln sein.

[8]) Pr. L. R., I, 13, § 93 ff., 147: dazu Dernburg, Pr. Pr. R., I, § 114, 2. Das schweiz. O. R., A. 41 und der Entw. A. 1050 regelt nur den Schutz des Dritten gegenüber dem Widerruf der Vollmacht und läßt denselben dann eingreifen, wenn das „Vertretene die Vollmacht ausdrücklich oder tatsächlich kundgegeben" hat.

Rechtsverhältnisse richtet. Von diesem Grundsatze wird eine Ausnahme gemacht für die offene Vollmacht: war die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird, es sei denn, daß der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte (§§ 170 u. 173).

Daraus würde sich ergeben, daß hinsichtlich der Entstehung der Vollmacht das Prinzip der Abstraktheit der Vollmacht gilt, während bezüglich der Erlöschung die Abhängigkeit vom Kausalverhältnisse grundsätzlich festgehalten ist und hier nur im Falle der offenen Vollmacht eine Ausnahme eintritt zu Gunsten des Dritten, der auf den Fortbestand der Vollmacht vertraut hat.[9])

Mit dieser Lösung wird man sich jedoch kaum zufrieden geben können. Es ist nicht einzusehen, daß es dem Dritten zwar schaden soll, wenn er weiß, daß das der Vollmacht zu Grunde liegende Verhältnis erloschen sei, daß es ihm aber nicht schaden soll, wenn er weiß, daß das Grundverhältnis, auf das sich die Vollmacht stützt, niemals bestanden habe. Die Beseitigung dieses Widerspruches kann angesichts der strikten Norm des § 168 nur in der Weise erfolgen, daß die grundsätzliche Abhängigkeit der Vollmacht von dem Kausalverhältnisse auch hinsichtlich der Entstehung der Vollmacht anerkannt wird. Natürlich muß aber auch hier der in den §§ 170 und 173 statuierte Schutz des Dritten, der auf die ihm gegenüber abgegebene Vollmachtserklärung vertraut hat, eingreifen.[10])

[9]) So in der Tat die herrschende Lehre; vgl. Hupka a. a. O., S. 161 f., 378. Enneccerus a. a. O.; Kohler, Lehrb., I, § 193 u. 194; Crome, I, § 104 I; Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht (Gießener Festgabe für Dernburg) S. 117 f., 124; Staudinger-Riezler, Erl. 1 zu § 167. Gänzlich unzulässig scheint es mir, die Frage der Abstraktheit der Vollmacht von dem Parteiwillen abhängig zu machen.

[10]) So insbesondere Planck. Erl. 3 zu § 167; Dernburg, I, § 163,

Das deutsche Gesetzbuch kennt nun neben diesem Falle des Schutzes des Vertrauens auf die offene Vollmacht, der vorläufig außer Betracht gelassen werden soll, noch andere Fälle:

§ 171. Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundmachung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber, im letzteren Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt.

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung in der Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird.

§ 172. Der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber steht es gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachturkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt.

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Vollmachturkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird.

Dieser Schutz wird nach § 173 nur dem gutgläubigen Dritten zu teil.

Auch hier begegnen wir wieder der Lehre[11]), daß in der Ausstellung der Vollmachturkunde, in der Anzeige und der öffentlichen Bekanntmachung eine Willenserklärung, oder, wie

V; Seeler a. a. O., S. 42 f.; Dniestrzanski a. a. O.; vgl. auch Kipp a. a. O. und Eccius in Gruchots Beitr., 47, S. 209 ff.

[11]) Prot., I, S. 146; Planck, Erl. 1 zu § 171, Erl. 1 zu § 172: „Die Aushändigung der Vollmachturkunde an den Vertreter ist die auf Mitteilung an den Dritten gerichtete Willenserklärung; sie geht dem Dritten zu durch die Vorlegung der Urkunde; Staudinger-Riezler, Erl. 3 zu § 171 f.; Crome, I, § 104, A. 15 u. § 72, A. 4 f.; Endemann, I, § 81, A. 15: Hupka a. a. O., S. 164 ff., 169 f.; Hachenburg, Vortr., S. 271 ff.; zweifelnd Biermann a. a. O., S. 110. Gegen die herrschende Lehre insbesonders Schloßmann a. a. O., II, S. 483 ff.; Seeler a. a. O., S. 2 ff. und 36 ff.; vgl. auch Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB.

andere wollen, eine Rechtshandlung gelegen sei, auf welche die Normen über die Willenserklärung analog zur Anwendung zu bringen seien.[12]) Hinsichtlich der unerträglichen theoretischen und praktischen Ergebnisse dieser Auffassung kann ich auf die Erörterung zu § 409 verweisen.

Die Folgerungen sind auf dem Gebiete der Vollmacht um so bedenklicher[13]), als auf Grund einer Vollmachturkunde oder einer öffentlichen Bekanntmachung hunderte von Geschäften geschlossen werden können, die alle in sich zusammenbrechen, wenn es dem Vollmachtgeber einfällt, die Vollmachtkundgebung wegen Irrtums anzufechten. Die Kunden, denen der Geschäftsinhaber anzeigt, er habe dem X. Prokura erteilt, müssen es sich gefallen lassen, daß der Anzeigende nachträglich behauptet und beweist, daß er die Prokura mit einer gewöhnlichen Handlungsvollmacht verwechselt habe.

Der ungarische Entwurf, der im allgemeinen[14]) der Regelung des deutschen Gesetzbuches folgt, hat die Möglichkeit einer Anfechtung der Vollmacht wegen Willensmängeln unschädlich gemacht durch die Bestimmung des § 1015:

> Die nach den §§ 985 bis 987 und 991 (wegen Willensmängel) eintretende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Vollmacht zieht die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des durch den Bevollmächtigten mit einer dritten Person ge-

---

(Abh. z. Privatrecht und Zivilprozeß v. Fischer, Bd. 6), S. 230 ff.; im Anschlusse an Zitelmann, Recht des BGB., I, S. 121 ff., sieht er in den Fällen des § 171 f. eine Erteilung der Vertretungsmacht nicht durch Rechtsgeschäft (vollmachtähnliche Vertretungsmacht). Die Anzeige sei keine Willenserklärung, sondern eine Tatsache. Vgl. auch Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, I, S. 216.

[12]) Mit dieser letzteren Abschwächung ist nichts gewonnen, nicht einmal theoretisch; denn wie will man etwa die Bestimmungen über den Irrtum analog zur Anwendung bringen, ohne sich einen Willensinhalt zu konstruieren?

[13]) Vgl. dazu auch Schloßmann a. a. O., S. 487.

[14]) § 1013—1022.

schlossenen Vertrages nur in dem Falle nach sich, wenn zugleich die Voraussetzungen verwirklicht sind, unter denen der mit der dritten Person geschlossene Vertrag, falls der Vollmachtgeber ihn persönlich geschlossen hätte, in Gemäßheit der angeführten Paragraphen nichtig oder anfechtbar wäre.

Noch nach einer anderen Richtung hin hat jene Theorie der Willenserklärung zu ungesunden Resultaten geführt. Man hat angenommen, daß durch die Mitteilung eine Vollmacht begründet werde, und da die Aushändigung der Vollmachturkunde dieselbe Bedeutung hat wie die Mitteilung, so hat man auch darin einen selbständigen Entstehungsgrund der Vollmacht erblickt.[15]) Auf diese Art ist es möglich, daß im konkreten Falle zwei oder drei selbständige Entstehungsgründe nebeneinander stehen und für jeden dieser Entstehungsgründe müßte, da es sich um verschiedene „Rechtsgeschäfte" handelt, die Möglichkeit der Anfechtung gesondert in Betracht gezogen werden.[16]) Welch wunderliche Blüten diese Theorie zu treiben vermag, zeigt die neueste Darstellung der Vollmachtlehre bei Kohler.[17]) Nach ihm schafft derjenige, der dem Bevollmächtigten eine Vollmachturkunde gibt, einen „Apparat", der immer und immer neu die Vollmacht erkläre und also ähnlich wirke wie ein Phonograph! Die Vollmachturkunde als juristischer Papagei, der die ihm eingelernte „Willenserklärung" fortwährend wiederholt, dieses Bild zeigt vielleicht am besten, wie weit man sich mit jener Konstruktion vom realen Boden hinweg in die Lüfte des Begriffshimmels erhoben hat.

Und doch ist der zu Grunde liegende Gedanke ein überaus einfacher: der Schutz des Vertrauens auf das dem Dritten

[15]) So schon E. 1, § 120 u. Mot., I, S. 237 ff.; Planck, Erl. 1 zu § 171 u. 172; vgl. auch Hupka a. a. O., S. 163 u. 169; Crome, I, § 104, I, 1; Endemann, I, § 81, 2.

[16]) Vgl. dazu insbesondere Schloßmann a. a. O., II, S. 484 ff.

[17]) Lehrb., I, S. 440, § 193, III.

kundgegebene oder in der Vollmachturkunde objektivierte Vertretungsverhältnis.[18]) Der Vertretene muß die vom Dritten angenommene Vollmacht gegen sich gelten lassen, gleichgültig, ob sie besteht oder nicht, jedoch nur dann — und diese Einschränkung müssen wir auch hier beifügen — wenn jene objektiven Grundlagen mit seinem Zutun zu stande gekommen sind (§ 935).[19]) Dieser Gedanke ist vom Gesetze auch nach der Richtung hin konsequent ausgestaltet, daß der Dritte so lange geschützt ist, als die rechtfertigende Grundlage besteht. Jedoch ist dem Erfordernisse des Kausalzusammenhanges nicht durchwegs Rechnung getragen. Bezüglich der Vollmachturkunde ist zwar gefordert, daß der Vertreter sie dem Dritten vorgelegt hat[20]), jedoch genügt die öffentliche Bekanntmachung, ohne daß darauf Gewicht gelegt wird, ob sie dem Dritten bekannt geworden ist. Da das tatsächliche Bekanntwerden öffentlicher Kundmachungen erfahrungsgemäß sehr gering ist, ist es kaum gerechtfertigt, die Frage des Kennens als nebensächlich auszuschalten.[21])

---

[18]) Klar ist der Grundgedanke auch hervorgehoben in der Denkschrift. S. 28. Unter der Marginalrubrik „Schutz gutgläubiger Dritter" wird ausgeführt: In den bezeichneten Fällen soll im Interesse der Rechtssicherheit und den Anschauungen des Verkehrs entsprechend, der Vertreter in dem aus der Kundgebung oder der Urkunde ersichtlichen Umfange zur Vertretung befugt sein, auch wenn ihm Vollmacht nicht oder nicht gültig oder nicht in diesem Umfange erteilt worden war.

Diese Auffassung wird neuestens auch zutreffend ausgeführt von Seeler a. a. O., S. 1 ff. Er spricht hier von Scheinvollmachten.

[19]) Wenn daher Seeler a. a. O., S. 40 f. (ebenso Isay a. a. O., S. 239) den Dritten auch dann schützen will, wenn die Vollmachtsurkunde dem Vertretenen ohne dessen Willen abhanden gekommen war, so widerspricht das nicht nur offensichtlich dem Gesetze („ausgehändigt hat"), sondern geht auch über die sonst festgehaltenen Schranken des Verkehrsschutzes hinaus.

[20]) Die Frage, ob der Dritte die vorgelegte Urkunde gelesen hat, kann die Gesetzgebung auch hier übergehen.

[21]) Das wird zutreffend hervorgehoben von Hupka a. a. O., S 420 ff.

Unrichtig und irreführend ist es auch hier, diesen Gedanken in der Form auszudrücken, daß das Gesetz dem kundgemachten oder durch die Urkunde legitimierten Vertreter eine „Vertretungsmacht" verleihe, welche die Grundlage für die Haftung des Vertretenen gegenüber dem gutgläubigen Dritten bilde.[22]) Diese „Vertretungsmacht" ist ebenso wie die „Verfügungsmacht" des Besitzers lediglich eine Reflexwirkung des Schutzes des gutgläubigen Dritten; diese Reflexwirkung mag man als Legitimation bezeichnen, eine rechtliche Macht oder Befugnis aber ist sie nicht. Freilich bedient sich auch das deutsche Gesetzbuch dieser Ausdrucksweise; es ergibt sich aber auch aus dem Gesetze selbst, daß sie unklar ist. § 171, Abs. 2, bestimmt, daß die „Vertretungsmacht" bestehen bleibt, bis die Vollmachtkundgebung widerrufen wird; § 172, Abs. 2, bestimmt gleichfalls, daß die „Vertretungsmacht" bestehen bleibt, bis die Vollmachturkunde zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird. § 173 fügt aber bei, daß diese Vorschriften keine Anwendung finden, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Hier liegt, wie Seeler[23]) mit Recht betont, ein krasser Widerspruch vor. Wie sollte man das Erlöschen der „Vertr
oder gar kennen müssen, die nach §§ 171 und 172 noch zu Recht besteht? Aus diesem Denkfehler ergibt sich zur Evidenz, daß die angebliche Vertretungsmacht des Legitimierten nur ein Erzeugnis des Vertrauensschutzes ist.

Die scharfen Angriffe, welche Schloßmann gegen die herrschende Stellvertretungslehre gerichtet hat, sind in den hier erörterten Fragen gewiß berechtigt, aber was er an deren Stelle gesetzt hat, wird, abgesehen davon, daß es dem BGB. gegenüber nicht haltbar ist, niemanden zu überzeugen vermögen.

[22]) So Isay, Geschäftsführung, S. 230 ff.; Zitelmann, Rechtsg., S. 99 ff.; dagegen auch Seeler a. a. O., S. 2.

[23]) A. a. O., S. 38 f.

Daß die Vollmacht nichts anderes sei, als ein außergerichtliches Geständnis[24]), wird auch derjenige nicht akzeptieren können, der sich von den Fesseln der herrschenden Doktrin frei weiß, und wenn Schloßmann den Schutz des Dritten auf eine künstliche Steigerung der Beweiskraft des Geständnisses gründen will[25]), so fehlt es dafür nicht nur an jeder gesetzlichen Bestimmung, sondern auch an jeder Analogie. Die praktischen Ergebnisse, zu denen Schloßmann gelangt, sind den hier vertretenen in vielen Punkten ähnlich: der Gegenbeweis, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche, soll ausgeschlossen sein; die gesteigerte Beweiskraft des Geständnisses soll auch dann gelten, wenn dasselbe durch Irrtum oder Betrug hervorgerufen wurde (nicht auch im Falle des Zwanges), die Steigerung der Beweiskraft soll nicht Platz greifen, „wenn der Dritte zum Abschlusse des Geschäftes gar nicht durch die dem Vertreter erteilte Vollmacht veranlaßt, namentlich also, wenn sie ihm gar nicht vorgelegt worden ist", ferner auch dann nicht, wenn der Dritte von der wahren Sachlage Kenntnis hatte oder haben mußte.[26])

Das alles ist praktisch vollkommen entsprechend, ergibt sich aber durchaus nicht aus der Geständnisnatur der Vollmacht, sondern steht vielmehr mit den allgemeinen Normen über das außergerichtliche Geständnis in vollem Widerspruche.

Es ist auch nicht der Vollmachtbegriff an sich, der die herrschende Lehre zu den angefochtenen Ergebnissen führt. Auch auf dieser Grundlage könnte man zu einer sachgemäßen Gestaltung des Vertrauensschutzes gelangen. Das Hindernis liegt viel tiefer, es liegt in der verfehlten Regelung der Lehre von den Willensmängeln. Der Zusammenhang dieser beiden Materien aber ist durch § 170 gegeben.

---

[24]) Stellvertretung, II, 471 ff.

[25]) A. a. O., S. 490 f.

[26]) A. a. O., S. 491 ff. auch 562 ff.

Wie eingangs erwähnt wurde, kennt das deutsche Gesetzbuch neben dem Schutze des Vertrauens auf die Vollmachturkunde, die angezeigte und öffentlich bekanntgemachte Vollmacht, noch einen weiteren Fall des Vertrauensschutzes, den Fall des § 170:

> Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird.

Auch diese Bestimmung gilt nur für den gutgläubigen Dritten (§ 173).

Hier bildet demnach die objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten die an ihn gerichtete Vollmachterklärung, welche vom Standpunkte des BGB. aus zweifellos eine Willenserklärung ist und von der sich daher auch nicht bestreiten läßt, daß sie nach allgemeinen Grundsätzen der Anfechtung wegen Willensmängeln unterliegt. Läßt man aber diese Anfechtung gegenüber demjenigen zu, der sich auf die Vollmachterklärung verläßt, so kann man natürlich denjenigen nicht gut anders behandeln, der eine Mitteilung von der erfolgten Bevollmächtigung erhält. Es scheint doch zu gewagt, an die feine theoretische Unterscheidung: „ich bevollmächtige den X." und „ich habe den X. bevollmächtigt", verschiedene Rechtswirkungen zu knüpfen.[27]) Dieses Rasiermesser taugt nicht zum Brotschneiden.

Dieser Zusammenhang drängt weiter dahin, auch die Anzeige unter den Gesichtspunkt der Willenserklärung zu bringen und dasselbe Argument nötigt endlich dazu, auch in die Aushändigung der Urkunde eine Willenserklärung hinein zu interpretieren. Diese Konsequenzen greifen dann auch auf

[27]) Vgl. Crome, I, § 104, A. 15.

§ 409 über, denn es ist klar, daß man das Vertrauen auf die Zessionsurkunde und Zessionsanzeige nicht nach anderen Grundsätzen behandeln kann, als die analogen Erscheinungen auf dem Gebiete des Vollmachtrechtes, und es ist nur zu verwundern, daß die Theorie von der in der Urkundenausstellung gelegenen Willenserklärung noch nicht bis zu dem Falle des § 405 vorgedrungen ist. Hier würde sie freilich zu merkwürdigen Ergebnissen führen; denn um den Rechtssatz des § 405 auf eine Willenserklärung des Schuldners zu gründen, hätte man folgendermaßen konstruieren müssen: Der Schuldner, welcher eine Schuldurkunde ausstellt, gibt jedem Zessionar gegenüber eine Willenserklärung des Inhaltes ab, daß sich der neue Gläubiger darauf verlassen könne, daß das in der Urkunde verbriefte Rechtsgeschäft nicht simuliert und daß auch die Abtretung vertragsmäßig nicht ausgeschlossen sei! Diesen Schritt zum Absurden hat die herrschende Theorie bisher vorsichtigerweise gemieden; sie macht mit den ihr durch § 170 aufgenötigten Konsequenzen vor dem § 405 Halt.

Aus dieser Verkettung ergibt sich, daß die Schranke, auf welche eine sachgemäße Ausgestaltung des Vertrauensschutzes im BGB. stößt, in der Lehre von den Willensmängeln gelegen ist. Daß dem so sein muß, ist ja auch leicht zu erklären.

Der Gedanke, dem wir gefolgt sind, ist der, daß der Dritte im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand rechtlich relevanter Momente zu schützen sei, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun desjenigen zu stande gekommen ist, dem der Schutz zum Nachteile gereichen soll. Dieses rechtspolitische Prinzip liegt auch dem Verkehrsschutze des deutschen Gesetzbuches zu Grunde, wenn dasselbe auch vielfach nicht einwandfrei durchgeführt und von Erwägungen heterogener Art durchkreuzt ist. Derselbe Gedanke tritt uns aber als Postulat auch entgegen bei dem zentralen Problem des Verhältnisses von

Willen und Erklärung. Es ist ein dringendes Erfordernis des gutgläubigen Verkehrs, daß er sich auf den äußeren Tatbestand des Willens, auf die Erklärung, verlassen darf und daß ihm Einwendungen aus dem Gesichtspunkte des mangelnden Willens nicht entgegengesetzt werden können. Schon vor mehr als 20 Jahren hat G. Hartmann die Forderung aufgestellt[28]), daß „der bewußte Urheber des äußeren Tatbestandes eines Rechtsgeschäftes, auch ganz ohne Rücksicht auf seine subjektive Vorstellung und Absicht, daraus zu haften habe, sobald die bona fides und die objektive zwingende Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs die Berücksichtigung der abweichenden inneren Absicht verbietet". Und fast hundert Jahre ist es her, daß das österreichische Gesetzbuch seine Irrtumslehre aufgestellt hat[29]), die mit der heutigen Vertrauenstheorie zusammentrifft, und damit zu einer Zeit, wo die Verkehrsinteressen gegenüber dem heutigen Wirtschaftsleben noch eine verschwindend kleine Rolle spielten, den richtigen Weg für die Zukunft gewiesen hat. Der ungarische Entwurf, sonst ein getreuer Parteigänger des deutschen Gesetzbuches, hat sich in dieser Frage mit Recht dem österreichischen BGB. angeschlossen.

Das deutsche Gesetzbuch aber, das sonst von Konsequenzmacherei nicht ganz frei ist, hat sich gerade in dieser Grundfrage, welche das Rückgrat des gesamten Rechtssystems bildet, auf einen eklektischen Standpunkt gestellt: die Vertrauenstheorie gilt im Falle der arglistigen Täuschung, jedoch nur dann, wenn es sich um ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft

---

[28]) Iherings Jahrb., 20, S. 65; vgl. auch Archiv f. ziv. Pr., S. 160 ff., bes. S. 215 ff.; zustimmend insbesonders Dernburg, Pand., I, § 99; bürgerl. R. I, § 106; auch Regelsberger, Pand., I, § 140; Bekker, Pand., II, § 92; Eisele, Iherings Jahrb., 25, S. 414 ff.; Bülow, Geständnisrecht, S. 109 ff.

[29]) § 871 ff.

handelt (§ 123).[30]) Im Falle der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung und des Irrtums ist die Erklärung unter allen Umständen[31]) nichtig, bezw. anfechtbar und der „andere" ist lediglich auf den völlig unpraktischen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses verwiesen (§§ 118, 119, 122) — „eine Art Schmerzensgeld für die enttäuschte Partei".[32]) Dieser komplizierte Schadensersatzanspruch mag als verzweifeltes Auskunftsmittel auf dem Gebiete des gemeinen

kables Mittel für den modernen Verkehrsschutz bildet er nicht. Die Drohung macht die abgegebene Willenserklärung anfechtbar, auch wenn die Drohung von einem Dritten ausgegangen ist und sie der andere weder kannte noch kennen mußte; selbst ein Ersatzanspruch ist dem anderen versagt (§ 123). Ebenso steht es mit einer durch Täuschung hervorgerufenen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung (z. B. Auslobung) (§ 123).

Mit dem Rechte von „Treu und Glauben", dem das deutsche Gesetzbuch sonst in weitem Maße Rechnung trägt, steht diese Regelung nicht im Einklange. Was nützt die Vorschrift, daß Verträge so auszulegen sind, wie es Treu und Glauben erfordern (§ 157), wenn der auf diesem Wege gewonnene Sinn einer Willenserklärung aus dem Gesichtspunkte des Irrtums — und es genügt auch der unentschuldbarste Irrtum — wider Treu und Glauben angefochten werden kann.

[30]) Die Mentalreservation ist im allgemeinen rechtlich ohne Belang. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist jedoch nichtig, wenn der andere den geheimen Vorbehalt kennt. § 116.

[31]) Die in § 118 statuierte Voraussetzung, daß die Willenserklärung „in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden" ist für den Verkehr wertlos, da es sich hier wieder um ein subjektives, für den Dritten unkennbares Moment handelt. Dagegen der ung. Entw., § 986, der mit Recht darauf Gewicht legt, ob die andere Partei den Mangel der Ernstlichkeit erkannte.

[32]) Leonhard, allg. Teil, S. 503.

Diese Regelung steht aber, wie wir gesehen haben, auch weiter im Widerspruche mit den Schutznormen, die das Gesetzbuch im Interesse des gutgläubigen Verkehrs aufgestellt hat und dieser Widerspruch tritt in der Vollmachtlehre scharf hervor, wo neben der Urkunde und der Anzeige auch eine Willenserklärung (§ 170) die objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten bildet. Hier zeigen sich die Fehler der Normierung der Willensmängel auch in vielfach vergrößertem Maßstabe, da die Anfechtung einer Vollmacht viel weitere Kreise zu ziehen vermag als die Anfechtung irgend eines anderen Rechtsgeschäftes. Bis in das Gebiet des fahrnisrechtlichen Verkehrsschutzes reicht die destruierende Wirkung der Lehre von den Willensmängeln, wie die Plancksche Abgrenzung des Begriffes der „abhanden gekommenen Sachen" zeigt.[33])

Eine gedeihliche Fortentwicklung des Verkehrsschutzes auf Grund der Bestimmungen des deutschen Gesetzbuches ist meines Erachtens nur dann möglich, wenn Theorie und Praxis den Gedanken von Treu und Glauben auch auf dem Gebiete des Verhältnisses von Wille und Erklärung energisch zur Geltung bringen.[34]) Vorläufig wird man sich trotz aller Bedenken dazu entschließen müssen, die Anwendung der Lehre von den Willensmängeln auf die Fälle der §§ 171 und 172 abzulehnen und den Widerspruch mit dem Falle des § 170 hin-

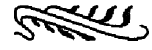
[33]) Vgl. oben S. 21, A. 47.

[34]) Diese Tendenz tritt auch in der deutschen Rechtswissenschaft schon deutlich hervor; insbesondere bei Dernburg, Cosack, Crome, Endemann. Neuerdings verwertet auch Hölder (Zur Theorie der Willenserklärung in „Drei Beiträge zum bürgerlichen Recht") den Gedanken von Treu und Glauben zur Lösung eines Problems auf dem Gebiete der Willenserklärung. Zu weit geht anderseits Isay, Willenserklärung, S. 3 ff., der aus dem BGB. eine reine Erklärungstheorie herauslesen will. Seiner Auffassung nahe stehen Düringer-Hachenburg, HGB., II, S. 50 ff.

zunehmen.[35]) Theoretische Mäntelchen zur Verdeckung dieses Widerspruches werden sich ja finden lassen. Der Praxis steht der einfache Weg offen, im konkreten Falle die Subsumtion unter § 170 zu vermeiden und § 171 zur Anwendung zu bringen.

---

[35]) Über die Schwierigkeiten, welche in § 170 gelegen sind, geht Seeler a. a. O., S. 3 und 36 ff. wohl etwas zu leicht hinweg; er will die Regeln über Rechtsgeschäfte auch auf den Fall des § 170 nicht zur Anwendung bringen und spricht auch hier von einer Scheinvollmacht.



2. Andere äußere Tatbestände.

Die Urkunde ist die idealste Form, in der sich ein Rechtsverhältnis nach außen hin zu objektivieren vermag. An sie knüpft daher der Verkehrsschutz vor allem an. Aber sie ist nicht die einzige Form. Der äußere Tatbestand eines Rechtsverhältnisses kann auch in anderer Weise hergestellt sein und auch hier taucht die Frage auf, ob und inwiefern der Verkehr in seinem Vertrauen auf derartige Tatbestände geschützt sei. Von besonderer Bedeutung sind die hieher gehörigen Erscheinungen wieder auf dem Gebiete der Stellvertretung.

Als Ausgangspunkt möge einer der häufigsten und praktisch wichtigsten Fälle dieser Art dienen: A läßt es geschehen, daß B fortgesetzt Rechtsgeschäfte in seinem Namen abschließt; er macht Forderungen aus den von B geschlossenen Geschäften geltend, erfüllt die durch diesen eingegangenen Verbindlichkeiten usw. In zahlreichen gerichtlichen Entscheidungen kommt nun der Gedanke zum Ausdrucke, daß der Dritte, der in Kenntnis dieser Umstände mit dem im Namen des A kontrahierenden B Rechtsgeschäfte eingeht, den A als Vertretenen in Anspruch nehmen könne, obwohl eine Bevollmächtigung des B durch den A nicht stattgefunden hat. In demselben Sinne entscheiden die Gerichte in Fällen, wo B zwar Vollmacht hatte, aber sie fortgesetzt überschreitet und A diese Vollmachtüberschreitungen duldet. Auch hier soll der Dritte, der mit Rücksicht auf die früher zugelassenen Vollmachtüberschreitungen mit dem B Rechtsgeschäfte geschlossen hat, sich an den A halten können.

Hinsichtlich der sachlichen Richtigkeit dieser Entscheidungen ist man so ziemlich einig.[1]) Die Konstruktion dieser Fälle durch die herrschende Lehre ist folgende. Man sagt, in dem fortgesetzten Dulden der Vornahme von Rechtsgeschäften durch den B liege eine stillschweigende Bevollmächtigung seitens des A, eine Bevollmächtigung durch konkludente Handlungen.[2]) Der Grund für die direkte Wirkung der von B vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird also in einen angeblichen Willensakt des A verlegt. Dem A wird nach dem dritten oder vierten Male (ein einmaliges Geschehenlassen genügt nicht) ein Vollmachtwille imputiert.

Kann nun A geltend machen, daß ihm eine Vollmachterteilung an den B gänzlich ferne gelegen habe, daß er dem B das Handeln in seinem Namen zu wiederholten Malen verboten habe und daß er nur aus anderweitigen Gründen die von B schon geschlossenen Geschäfte habe gelten lassen; kann er den Gegenbeweis gegen die Schlüssigkeit seiner konkludenten Handlungen führen? Die gerichtlichen Urteile legen auf diese Umstände mit Recht kein Gewicht, aber die Theorie, welche mit der stillschweigenden Willenserklärung operiert, kommt hier arg ins Gedränge. Vom Standpunkte des Willensdogmas müßte man ohneweiters den Gegenbeweis einer anderen Absicht zulassen. Dieses Ergebnis scheint aber den Vertretern dieser Ansicht praktisch doch zu bedenklich. Hupka (S. 120) meint: Es „kann dem Gegner nicht zu seinem Schaden entgegengesetzt werden, daß sein Schluß ein unrichtiger gewesen sei . . . . Hat er (der Vertretene) doloserweise geschwiegen, dann ist die Bestreitung der Konkludenz ganz ausgeschlossen, denn dann liegt eine Mentalreservation vor, der

[1]) Vgl. Hupka a. a. O., S. 121 ff., 180 ff.; Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, S. 111 ff., 117; Schloßmann a. a. O., S. 501 ff., 420 ff.; Planck, Erl. 5 zu § 167; Rehbein, Erl. I, 1 zu § 164—181; Staudinger-Riezler, Erl. 5 zu § 167.

[2]) Bezw. eine stillschweigende Erweiterung der ursprünglichen Vollmacht.

eine rechtliche Bedeutung nicht zukommt. Fällt ihm dagegen kein dolus zur Last, dann kann er wohl die scheinbare Willensäußerung anfechten, aber keinesfalls zum Schaden des gutgläubigen Gegners (arg. 119, 122, BGB.)." Diesem ist das negative Interesse zu ersetzen.

Daß diese Konstruktion in hohem Grade gekünstelt ist, liegt auf der Hand. Dem A wird gesagt: Dadurch, daß du die Vertretung des B in mehreren Fällen zugelassen hast, hast du eine stillschweigende Vollmachterklärung abgegeben, da du aber nicht die Absicht hattest, durch dein Verhalten eine solche Erklärung abzugeben, darfst du dieselbe wegen Irrtums anfechten.[3]) Dem A wird also nicht nur eine Willenserklärung zugemutet, die er niemals abgegeben hat, sondern auch ein Irrtum hinsichtlich dieser Erklärung, auf Grund dessen er zur Anfechtung berechtigt ist, „wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde" (§ 119 BGB.). Ich fürchte, daß angesichts dieser Konstruktion eine „verständige Würdigung des Falles" überhaupt nicht mehr möglich ist.

Ferner ist vom theoretischen Standpunkte zu beachten, daß in den angeführten Fällen überhaupt nicht ein Schluß aus einem bestimmten äußeren Verhalten auf einen rechtsgeschäftlichen Willen gezogen wird, sondern daß der Dritte lediglich auf eine irgend einmal stattgefundene Vollmachterteilung, also auf ein bestehendes Vollmachtverhältnis schließt. Das steht aber selbst mit der weitherzigsten Auffassung der stillschweigenden Willenserklärung nicht im Einklange.[4])

[3]) Vgl. auch Planck, Vorb., II, 2 zu dem Titel von der Willenserklärung und Erl. 5 zu § 167: Staudinger-Riezler a. a. O. und Erl. II, 2 zu § 119; dagegen insbesonders Schloßmann a. a. O.

[4]) Vgl. Rümelin, Arch. f. ziv. Pr., 93, S. 300 f. Daß das Operieren mit einer Willenserklärung in diesen Fällen zu Unklarheiten führt, zeigt die Darstellung bei Hupka, S. 119 ff.: dazu Schloßmann a. a. O., S. 420 ff.

Nun könnte man sich ja mit diesen theoretischen Bedenken und mit den Fiktionen, welche dieser Auffassung zu Grunde liegen, abfinden, wenn sie zu praktisch entsprechenden Ergebnissen führen würde. Das trifft aber nur bei der „Mentalreservation" zu und gerade derartige Fälle werden im Leben kaum vorkommen. Denn wo wäre der Gauner zu finden, der, um Dritten eine Vollmachterteilung vorzutäuschen, einen anderen fortgesetzt in seinem Namen Rechtsgeschäfte eingehen läßt! Zu praktisch unhaltbaren Resultaten aber führt die Anfechtung wegen Irrtums. Ich kann in dieser Hinsicht auf meine früheren Ausführungen verweisen.[5]) Folgendes sei noch beigefügt. Die Anfechtung kann nach Hupka auch erfolgen gegenüber dem „stillschweigend Bevollmächtigten", in unserem Falle dem B, dem vielleicht der A ohnehin die Geschäftsführung verboten hat, und die Folge der Anfechtung wäre, daß die Vollmacht und damit auch die von B mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte sämtlich ungültig wären. Diese Dritten müssen sich mit einem Ersatzanspruche auf das negative Interesse gegen A begnügen, der sie vermutlich auf die Haftung des nunmehr vollmachtlosen Vertreters B verweisen wird. Daß dadurch den bösesten Kollusionen und Schikanen Tür und Tor geöffnet wäre, ist klar. Andrerseits müßte man annehmen, daß auch in Fällen, wo der Dritte weiß, daß B keine Vollmacht besitzt oder sogar gegen den Willen des A handelt, eine Anfechtung der „stillschweigenden Bevollmächtigung" wegen Irrtums notwendig sei, um die Geschäfte zu entkräften, welche B im Namen des A mit dem Dritten geschlossen hat.[6])

---

[5]) S. 73 ff., 84; dazu insbesonders Schloßmann a. a. O., S. 508 ff.

[6]) Einen anderen Standpunkt scheint Hupka in den Fällen einzunehmen, wo eine fortgesetzte Vollmachtüberschreitung vorliegt. Hier soll (S. 180 f.) in dem Verhalten des Prinzipal eine „authentische Interpretation" seiner Vollmachterklärung gelegen sein. Ob auch diese authentische Interpretation der Anfechtung unterliegt, ist nicht klar. Da Hupka, S. 182

Schloßmann, der die herrschende Auffassung mit Recht als unannehmbar erklärt, verlegt die Bedeutung des Verhaltens des A auch hier vollständig auf den Boden des Beweisrechts.[7]) Die Tatsache, daß B mit Wissen des A längere Zeit im Namen desselben Rechtsgeschäfte abgeschlossen habe, sei meist ein ausreichender Beweis dafür, daß ein Vertretungsverhältnis zwischen beiden irgend einmal begründet worden sei. Der Richter könne auf Grund seines Rechtes der freien Beweiswürdigung unter diesen Umständen in der Regel ein Vertretungsverhältnis annehmen.

Gegenüber diesem Beweise müßte nun der Gegenbeweis zulässig sein. Um dieser bedenklichen Konsequenz auszuweichen, nimmt Schloßmann auch hier seine Zuflucht zu einer künstlichen Steigerung der Beweiskraft solcher Tatsachen. Er führt aus: „Auch hier müssen die in den Fällen, wo eine Vollmachtsurkunde oder eine direkte Mitteilung an den Dritten vorliegt, maßgebenden Gründe, namentlich die Rücksicht auf das allgemeine Verkehrsinteresse, dazu führen, die Beweiskraft jener Tatsachen künstlich zu steigern und den Gegenbeweis gegen sie dem gutgläubigen Dritten gegenüber in der oben bezeichneten Art auszuschließen." Diese willkürliche Beweistheorie wird man ebenso ablehnen müssen, wie die Geständnisnatur der Vollmacht; aber völlig zutreffend ist der Gedanke, daß jene Fälle der „stillschweigenden Bevollmächtigung" auf einer Linie stehen mit den Fällen des § 171 und insbesondere § 172 BGB.

---

der „Möglichkeit, daß das Verhalten des Prinzipals auf besonderen Gründen und Voraussetzungen beruht" Bedeutung beimißt, so scheint es, daß die authentische Interpretation durch den Gegenbeweis einer anderen Absicht entkräftet werden könnte. Im Gegensatze hiezu erwecken die Ausführungen auf S. 204 f. u. 212 ff. den Eindruck, als ob in derartigen Fällen jene Regeln zur Anwendung kämen, die für das Verhältnis der nach außen hin (stillschweigend) kundgegebenen Vollmacht zur „internen Instruktion" gelten.

[7]) A. a. O. S. 501 ff.

Daß die Einreihung unter den Gesichtspunkt der stillschweigenden Bevollmächtigung bedenklich sei, anerkennt auch Rümelin, der hier mit einer „stillschweigenden Vollmachtkundgebung", also mit der Analogie nach § 171 operieren will.[8]) Mir scheint die Analogie mit § 172 viel näher zu liegen, denn die „stillschweigende Kundgebung" ist doch wieder ein etwas gewaltsamer Gedankengang.

Wie in § 172 die Vollmachturkunde als äußerer Tatbestand eines bestehenden Vollmachtverhältnisses die Grundlage für den Vertrauensschutz bildet, so liegt auch in unseren Fällen ein äußerer Tatbestand vor, aus welchem der Verkehr auf ein Vollmachtverhältnis zurückschließt, und daher ein Vertrauen, welches ebenso schutzwürdig ist, wie das an die Vollmachturkunde. Der § 172 bildet nur einen Spezialfall eines allgemeineren Gedankens, der gegenüber den anderen Fällen lediglich dadurch ausgezeichnet ist, daß er der praktisch wichtigste ist und daß er für die juristische Technik am einfachsten zu handhaben ist, weil sich der äußere Tatbestand in der Urkunde konzentriert, während sich dieser Tatbestand in unseren Fällen aus einer Reihe äußerer Vorgänge zusammensetzt.

Durch die analoge Anwendung des § 172 gelangt man auch zu praktisch entsprechenden Ergebnissen: die Elemente des rechtfertigenden Tatbestandes unterliegen nicht den Normen über die Willenserklärung und können daher auch durch Anfechtung nicht beseitigt werden. Nur die Frage ist von Bedeutung, ob dieser Tatbestand mit Zutun des Vertretenen zu stande gekommen ist, wobei es gleichgültig ist, ob dieses Zutun in einem Handeln oder Unterlassen besteht. Aus

---

[8]) A. a. O. Vgl. auch schweiz. O. R., A. 41 (Entw., A. 1050): hat der Vertretene die Vollmacht ausdrücklich oder tatsächlich kundgegeben, so kann er deren gänzlichen oder teilweisen Widerruf gutgläubigen Dritten nur dann entgegensetzen, wenn er denselben ebenfalls bekanntgemacht hat. Vgl. auch Seeler a. a. O., S. 51.

diesem Gesichtspunkte erklärt sich ferner ganz ungezwungen, daß der Dritte nur dann geschützt ist, wenn er in Kenntnis der früher zugelassenen Vertretungshandlungen des B Rechtsgeschäfte vorgenommen hat. Es ist unser Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen gutem Glauben und rechtfertigendem Tatbestande, das uns hier entgegentritt, und dem in § 172 durch die Vorlage der Urkunde Rechnung getragen ist. Vom Standpunkte der stillschweigenden Bevollmächtigung wird man zu diesem Resultate kaum gelangen können[9]) und ebensowenig von dem der „stillschweigenden Vollmachtkundgebung" (§ 171); denn das Verhalten des A könnte doch nur der öffentlichen Bekanntmachung, nicht einer besonderen Mitteilung an den Dritten gleichgestellt werden. In dem ersteren Falle verlangt aber das Gesetz nicht, daß die Bekanntmachung dem Dritten bekannt geworden sei.[10])

Wie lange der äußere Tatbestand seine Schutzwirkung äußert, ist nach den Umständen des konkreten Falles zu beurteilen. Daß sich jemand nicht noch nach Jahren auf diesen Tatbestand berufen kann, ist selbstverständlich. Es ist dieselbe Frage, die sich auch bei der Vorlage der Vollmachturkunde ergibt; auch hier kann es nicht genügen, daß die Urkunde irgend einmal vorgelegt worden ist.[11])

Ganz ebenso wie in den bisher erörterten Fällen liegt die Sache auch in anderen Fällen, wo von einer stillschweigenden Bevollmächtigung gesprochen wird: A hat den B zum Verwalter seines Landgutes bestellt; hier soll B zugleich stillschweigend bevollmächtigt sein zur Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, welche mit einer derartigen Verwaltung gewöhnlich verbunden sind. Dasselbe wird angenommen in anderen Fällen, wo sich eine Person zu einer anderen in einem

[9]) Vgl. dazu insbesondere Schloßmann a. a. O., S. 420 ff.

[10]) Vgl. oben S. 86.

[11]) So mit Recht Hupka a. a. O., S. 171 ff. gegen Planck, Erl. 2 zu § 172; Staudinger-Riezler, Erl. 5 zu § 171 u. 172.

Dienst- oder Auftragsverhältnis befindet, mit welchem nach der Verkehrsauffassung eine Vollmacht zu bestimmten Rechtsgeschäften verbunden ist.[12])

Der Grund, der diese Entscheidungen zutreffend erscheinen läßt, ist, wie Dernburg[13]) hervorhebt, der, daß der Dritte in seinem Vertrauen geschützt werden muß, wenn A den B in eine äußere Stellung gebracht hat, mit welcher nach der Verkehrsauffassung eine Vollmacht von bestimmtem Umfange verbunden ist. Es ist lediglich eine andere Form des rechtfertigenden äußeren Tatbestandes, die uns hier entgegentritt, im übrigen ist der Grundgedanke derselbe wie im Falle der Ausstellung einer Vollmachturkunde, eine Analogie, auf welche schon Isay[14]) hingewiesen hat. Freilich geht Isay nach der Richtung zu weit, daß er kein Gewicht darauf legt, ob jener Tatbestand mit Zutun des Geschäftsherrn zu stande gekommen ist. Fälle, in denen das positive Recht von diesem Erfordernisse absieht, gibt es gewiß[15]), sie bedeuten aber gegenüber dem in § 935 gelegenen und auch in § 172 („ausgehändigt hat") angedeuteten Prinzip einen weiteren Schritt im Sinne des Verkehrsinteresses und zum Nachteile des durch den Verkehrsschutz Betroffenen. Sie dürfen daher weder

---

[12]) Vgl. Planck, Erl. 5 zu § 167: Hupka a. a. O., S. 121 ff., 184 ff., 204: dagegen Schloßmann, S. 501 ff.; Dernburg, I, § 164, IV, begründet die Entscheidung ohne weiters mit „dem neueren Recht von Treu und Glauben"; vgl. auch Cosack, I, § 67, I, 1 c.; dagegen Biermann a. a. O., 118 u. 122 f.

[13]) I, § 163, V.

[14]) Geschäftsführung, S. 239; nunmehr auch Seeler a. a. O. S. 45.

[15]) So etwa § 370 BGB, der im Anschluß an A. 296 allg. HGB. bestimmt, daß der Überbringer einer Quittung dem gutgläubigen Dritten gegenüber als ermächtigt gilt, die Leistung zu empfangen. Hier ist allerdings davon abgesehen, daß der dem Vertrauen des Dritten zur Grundlage dienende Tatbestand mit Zutun des Geschäftsherrn entstanden ist. § 370 gilt auch, wenn die Quittung gestohlen wurde; vgl. aber noch das Preuß. L. R., I, 13, § 130, darüber näheres unten.

mit den Normalfällen zusammengeworfen, noch zur Interpretation derselben verwendet werden. Die Rechtsordnung hat mit gutem Grunde die Grenzlinie zwischen den widerstreitenden Interessen dort gezogen, wo sie § 935 zieht.

Durch die analoge Verwertung des § 172 scheint es mir allein möglich, die angeführten Fälle auf Grund des deutschen Gesetzbuches entsprechend zu konstruieren und zu ähnlichen Resultaten zu gelangen, wie sie schon das gemeine Recht im Anschlusse an die praepositio des institor und des magister navis entwickelt hatte.

Aus der Analogie des § 172 ergibt sich insbesondere, daß es gleichgültig ist, ob das Dienst- oder Auftragsverhältnis, welches der angenommenen Vollmacht zu Grunde liegt, zu Recht besteht oder nicht. Das ist nicht etwa eine Folge der Abstraktheit der „stillschweigend erteilten Vollmacht"[16]), sondern eine Folge des Umstandes, daß dem Dritten gegenüber nur der äußere Tatbestand der Anstellung von Bedeutung ist.

Es gibt natürlich noch zahllose andere Konstellationen, in denen ein genügender äußerer Tatbestand für die Annahme eines Vollmachtverhältnisses gegeben sein kann.[17]) Ob die äußere Sachlage diesen Schluß rechtfertigt, wird im einzelnen Falle nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrsauffassung zu entscheiden sein. So kann es von Bedeutung sein, daß der Vertreter die Geschäftsformularien oder Firmenaufdrücke des Geschäftsherrn benützt; geschieht das unter Duldung des letzteren, so sind die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz möglicherweise gegeben. Oder, wie das eine neuere gerichtliche Entscheidung[18]) im Jargon der herrschenden

---

[16]) So Enneccerus a. a. O.; dagegen Dernburg, I, § 163, V; Isay a. a. O., S. 138 f.

[17]) Eine Reihe von Beispielen aus der österr. Praxis unten, zweiter Teil, III.

[18]) OL. Breslau im „Recht", 1905, S. 568.

Lehre sehr charakteristisch ausdrückt: der Mißbrauch von Stempeln und Firmenaufdrücken vermag dann den Schluß des Gegenkontrahenten, daß eine stillschweigend erteilte Vollmacht vorliege, zu rechtfertigen, wenn dem Geschäftsinhaber der Mißbrauch bekannt geworden war und er ihm nicht gesteuert hatte.

Die Praxis geht in der Annahme solcher rechtfertigender Tatbestände mitunter sehr weit. So hat ein deutsches Gericht[19]) „unbedenklich" den Satz aufgestellt, daß, wer in seinem Geschäfte ein Telephon hält und sich desselben zu geschäftlichen Mitteilungen bedient, damit jedenfalls „stillschweigend die Erklärung abgibt", daß während der Geschäftsstunden kein Unberufener sich desselben bedienen werde, so daß also jedes andere Geschäft, welches während der Geschäftsstunden mit jenem in eine telephonische Unterhaltung eintritt, davon ausgehen darf, daß niemand ohne Ermächtigung des Inhabers sich des Telephons bediene. In eine verständliche Sprache übertragen heißt das, daß in der Benutzung des Telephons während der Geschäftsstunden ein genügender äußerer Tatbestand für die Annahme des Dritten gelegen sei, daß derjenige, der sich des Telephons bedient, zur Abgabe der betreffenden Erklärungen bevollmächtigt sei. Daß dies etwas weitgehend ist, wird man ohneweiters zugeben dürfen, aber von der Auffassung kaufmännischer Kreise wird sich diese Entscheidung nicht allzu weit entfernen.[20]) Sicher ist, daß der

[19]) Vgl. Biermann a. a. O., S. 112.

[20]) Zustimmend Staub, Kommentar zu § 54, R. HGB. Er führt hauptsächlich Billigkeitserwägungen ins Feld: Würde man dies nicht annehmen, so müßte der andere Teil die Gefahr der mangelnden Legitimation tragen und das wäre unberechtigt; auch würde, wenn man sich auf telephonische Erklärungen nicht nach der Richtung verlassen dürfte, daß dieselben auch den Prinzipal binden, das Telephon derjenigen Bedeutung entkleidet werden, welche ihm im geschäftlichen Leben tatsächlich beigemessen wird; vgl. auch Canstein, Lehrb., § 18, A. 99 e. Die Mehrzahl der Schriftsteller hält jedoch diese Entscheidungen nicht für gerechtfertigt; vgl. die

darin zum Ausdrucke kommende Gedanke in vollem Einklange steht mit dem Grundprinzip des modernen Verkehrsschutzes, wenn auch die Formulierung unsicher und vage ist. Zweifellos ist es aber richtiger, zur Begründung derartiger Entscheidungen die Analogie des § 172 heranzuziehen, als dem Kaufmanne, der Telephonanschluß hat, die unsinnigsten Willenserklärungen zuzumuten[21]) und diese dann der Anfechtung wegen Irrtums auszusetzen.

Nicht zutreffend ist die neuestens von Seeler (a. a. S. 49) mit Berufung auf § 56 RHGB. (A. 50 a. HGB.) aufgestellte Ansicht, daß nur die Anbringung eines Telephons in einem Laden oder offenen Warenlager, nicht aber in einem anderen Geschäftsraume eine „Scheinvollmacht" begründe. Damit wäre der Geschäftswelt wenig geholfen, denn Telephone werden aus naheliegenden Gründen gewöhnlich nicht in dem Laden oder offenen Warenlager, sondern in den Kontors aufgestellt. Außerdem ist nicht einzusehen, warum der Dritte geschützt sein soll, wenn das Telephon im Laden, nicht aber, wenn es im Kontor angebracht ist. § 56 RHGB. beruht gewiß auf demselben Gedanken, wie die in Frage stehende Entscheidung — darauf wird noch zurückzukommen sein —, aber in der Weise, wie es Seeler versucht, kann diese Bestimmung hier nicht verwertet werden. Im § 56 RHGB. hat das Erfordernis des Angestelltseins in einem Laden oder offenen Warenlager einen guten Sinn, denn gerade dadurch wird jener äußere Tatbestand hergestellt, der in dem Dritten den Glauben an eine bestimmte Vollmacht erweckt. Ob aber das Telephon im Laden oder im Kontor steht, ist für das Vertrauen des

---

Zitate bei Staub a. a. O.; ferner Biermann a. a. O., S. 112 und Planck, Erl. 5 zu § 167; Randa, HR., § 13, A. 79 a.

[21]) Nach Staub a. a. O., ermächtigt ein Kaufmann, der Telephonanschluß hat, durch dieses Verhalten (!) alle seine Angestellten Dritten gegenüber zur Abgabe derjenigen Erklärungen, welche dieselben tatsächlich durch das Telephon abgeben.

Dritten von gar keiner Bedeutung und wird ihm auch in den meisten Fällen unbekannt sein.

Zu ganz ähnlichen Ergebnissen, wie sie hier vertreten werden, ist — wenigstens hinsichtlich des Umfanges der Vollmacht[22]) — auch die französische Jurisprudenz gelangt, und zwar trotz des a. 1998, welcher die Verhaftung des Machtgebers auf den Umfang der von ihm erteilten Vollmacht beschränkt. Die französische Jurisprudenz unterscheidet zwischen pouvoirs apparents, dem äußeren Scheine der Vollmacht, und dem internen, dem Dritten unkennbaren Verhältnisse und erklärt den Mandanten dem gutgläubigen Dritten gegenüber als haftbar, wenn dieser den Dritten täuschende Schein mit Zutun des Mandanten entstanden ist. Von solchen pouvoirs apparents spricht die französische Jurisprudenz im Falle der Vorlegung einer Vollmachturkunde, in Fällen, wo sich der Mandatar in einer Geschäftsanstellung befindet, mit welcher eine Vertretungsmacht von bestimmtem Umfange gewöhnlich verbunden ist, und auch in anderen Fällen, wo etwa durch den Aufdruck auf Wechselformularien oder Briefpapier der Schein einer bestimmten Vollmacht nach außenhin hervorgerufen wird.[23])

---

[22]) Die Behandlung des analogen Falles, daß der Mandatar keine Vollmacht hatte, wird dadurch verdeckt, daß die französische Jurisprudenz Vollmacht und Mandat nicht auseinander hält.

[23]) Vgl. Sirey, Les codes annotés, 4e éd., art. 1998, n. 16: En effet, si en principe, le mandant n'est pas tenu de ce qui a pu être fait au delà du mandat, c'est à la condition, que, par les pouvoirs apparents qu'il a donnés il n'a point contribué lui-même à tromper les tiers de bonne foi. Vgl. auch n. 17—20 u. 29. Vgl. ferner Pothier, Tr. du contrat de mandat, n. 89; Troplong, Du mandat etc., n. 604; Toullier, Le droit civ. franç., t. 8, n. 266; Laurent, Princ. d. droit civ., t. 28, n. 54 ff.; Aubry u. Rau, t. 4, § 415, p. 650, Pont, Petits contrats, t. 1. n. 164; Guillouard, Des contrats aléatoires et du mandat, n. 186 ff.; Zachariae-Crome, II, § 395, A. 3 a.; dazu Biermann a. a. O., S. 118 ff.

In den bisher erörterten Fällen entscheidet, wie wir gesehen haben, die Verkehrsauffassung über die Frage, ob ein genügender äußerer Tatbestand im einzelnen Falle gegeben ist. Die moderne Gesetzgebung hat aber auch Normen aufgestellt, in denen derartige Verkehrsauffassungen gesetzlich sanktioniert sind, so daß die Frage, ob ein ausreichender Tatbestand vorliegt, durch das Gesetz selbst erledigt und eine Würdigung des konkreten Falles nach dieser Richtung hin überflüssig ist.

Im preußischen Landrechte finden wir die hieher gehörigen Bestimmungen unter der Rubrik der „stillschweigend erteilten Vollmachten“:

I. 13. § 129. Daß jemandem ein fremder Schuldschein anvertraut worden, beweist noch nicht, daß derselbe zur Erhebung der darin verschriebenen Summe berechtigt sei.

§ 130. Hingegen ist der, welchem eine Quittung über eine zu bezahlende Summe anvertraut worden, zum Empfange der Zahlung selbst für bevollmächtigt zu achten.

§ 131. Der, welchem der Verkauf einer beweglichen Sache aufgetragen worden ist, ist zum Empfange des Kaufgeldes soweit berechtigt, als der Machtgeber ihn in den Stand gesetzt hat, die Sache dem Verkäufer zu übergeben.

§ 132. Nur alsdann darf der Käufer an den Bevollmächtigten nicht zahlen, wenn Einschränkungen deshalb in der Vollmacht(urkunde) enthalten sind; oder wenn der entgegengesetzte Wille des Machtgebers auch auf andere Art dem Käufer bekannt geworden ist.

Hier tritt deutlich das Schwanken zwischen verschiedenen theoretischen Gesichtspunkten hervor: stillschweigende Bevollmächtigung, Vertretungsmacht kraft Gesetzes mit der Einschränkung auf den gutgläubigen Gegner, endlich Beweisregel,

ähnlich wie bei Schloßmann[24]), dessen Theorie überhaupt mit der Auffassung der gemeinrechtlichen Doktrin des 18. Jahrhunderts viele Berührungspunkte hat. Der Grundgedanke dieser Bestimmungen tritt aber klar hervor: der Schutz des guten Glaubens an äußere Tatbestände, wenn dieser Tatbestand mit Zutun des Machtgebers zu stande gekommen ist. Wir finden hier denselben Begriff des Anvertrauens wieder, der auch dem Satz „Hand wahre Hand" zu Grunde liegt.

Auf demselben Gesichtspunkte beruhen die unter die Rubrik „Stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen" eingereihten §§ 1027 ff. des österreichischen BGB., von denen noch später genauer zu handeln sein wird.

Zahlreicher sind die hieher gehörigen Bestimmungen auf dem Gebiete des Handelsrechtes. Hervorzuheben ist insbesondere der schon gestreifte A. 50 a. HGB. (§ 56 RHGB.), wonach derjenige, der in einem Laden oder in einem offenen Magazin oder Warenlager angestellt ist, für ermächtigt gilt, daselbst Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen, welche in einem derartigen Lokal gewöhnlich geschehen. Theorie und Praxis sind darüber einig, daß diese Bestimmung nur für den gutgläubigen Dritten gilt.[25]) Aus dem Grundgedanken dieser Bestimmung wird aber auch zu schließen sein, daß das Angestelltsein nicht im rechtlichen, sondern im tatsächlichen Sinne zu nehmen ist. Der Schutz des Dritten ist demnach unabhängig von dem rechtlichen Bestande des Dienstverhältnisses. Wäre also etwa der Angestellte minderjährig

---

[24]) A. a. O., S 511 ff.

[25]) Cosack, Lehrb. d. HR., § 21, 3 b; Staub, Anm. 3 zu § 56; Düringer-Hachenburg, Erl. zu § 56 u. V zu § 54; Lehmann-Ring, Anm. 4 zu § 56; Canstein, Lehrb., I, § 18, S. 311; Randa, HR., § 13, A. 80; Schloßmann a. a. O., S. 511 f.; Isay a. a. O. S. 236; Entsch. R. OHG., 12, Nr. 12; 16, Nr. 36; 20, Nr. 37; 23, Nr. 115. Nach dem R. HGB. ist von Bedeutung auch die Analogie aus § 54, Abs. 3.

und der Dienstvertrag aus diesem Grunde ungültig, so kommt dem Dritten trotzdem der Schutz des A. 50 zu statten. Es kommt lediglich darauf an, daß die betreffende Person im Laden wie ein Angestellter tätig ist[26]) und daß dieser äußere Tatbestand mit Zutun des Geschäftsinhabers entstanden ist.[27]) Daher greift die Bestimmung des A. 50 auch dann ein, wenn etwa eine Geschäftsfrau die zu ihr in den Laden auf Besuch gekommene Freundin auf einige Zeit allein hinter dem Ladentische zurückläßt und diese nun die inzwischen erschienenen Kunden bedient. Wenn die Freundin dann mit dem eingenommenen Gelde verschwindet, so kann sich die Geschäftsfrau den gutgläubigen Kunden gegenüber nicht darauf berufen, daß die Freundin nicht angestellt gewesen sei.

Hupka faßt auch diese Gesetzesbestimmungen unter dem Gesichtspunkte der stillschweigenden Bevollmächtigung auf. Er führt aus (a. a. O. S. 124): „In den diesen Vorschriften zu Grunde liegenden Tatbeständen erblickt schon die Auffassung

---

[26]) So insbesonders Staub, Anm. zu § 56, der das Angestelltsein definiert als das berufsmäßige Verkehren mit dem Publikum in einem Raume. Vgl. auch Behrend, Lehrb. d. HR., § 53, A. 26; Randa, Isay und Schloßmann a. a. O.; Seeler a. a. O., S. 48; einschränkend Lehmann-Ring, Anm. 1 zu § 56; dagegen Cosack a. a. O., A. zu 3a.; Düringer-Hachenburg, Erl. zu § 56; Cansteiu, Lehrb., § 18, S. 311. Auf demselben Grundgedanken wie A. 50 a. HGB. beruht auch § 527 R. HGB.: „Befindet sich das Schiff außerhalb des Heimathafens so ist der Schiffer Dritten gegenüber kraft seiner Anstellung befugt, für den Reeder alle Geschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, welche die Ausrüstung, die Bemannung, die Verproviantierung und die Erhaltung des Schiffes, sowie überhaupt die Ausführung der Reise mit sich bringen." Dazu § 531: „Der Reeder, welcher die gesetzlichen Befugnisse des Schiffers beschränkt hat, kann dem Dritten die Nichteinhaltung dieser Beschränkungen nur entgegensetzen, wenn sie dem Dritten bekannt waren."

Dieselben Bestimmungen gelten hinsichtlich des Korrespondentreeders, § 493 u. 495 R. HGB.; dazu Isay a. a. O., S. 234 ff.

[27]) Einzelne der in der vorigen Note genannten Schriftsteller gehen auch über dieses Erfordernis hinweg.

des Verkehrs stillschweigende Bevollmächtigungen. (Der Verkehr weiß wohl kaum, was „stillschweigende Bevollmächtigungen" sind.) Indem das Gesetz diese Auffassung zu der seinigen macht und sie zur Interpretationsregel verdichtet, hebt es im einzelnen Fall den Zweifel und das Risiko auf und fördert dadurch die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Der Gegner braucht das bestimmte Verhalten des Vertretenen nicht erst auf seine konkrete Schlüssigkeit zu prüfen, sondern darf es, gestützt auf das Gesetz, von vornherein als Ausdruck des Vollmachtwillens ansehen."

Nach dieser Einleitung möchte man glauben, daß nach Hupkas Theorie auch hier die Anfechtung der stillschweigenden Bevollmächtigung wegen Irrtums möglich sein müßte; denn es ist nicht abzusehen, warum die durch den Schluß aus einem bestimmten Verhalten gewonnene Willenserklärung deshalb anormaler Natur sein sollte, weil das Gesetz die betreffende Schlußfolgerung als berechtigt anerkennt. Durch die gesetzliche Regel wird ja, wie Hupka selbst betont, nur die Frage der Schlüssigkeit erledigt, nicht auch die der Anfechtbarkeit der Willenserklärung. Diese Konsequenz seiner Auffassung scheint aber Hupka doch gescheut zu haben, denn er fährt fort: „Der Vertretene ist mit seiner Gegenbehauptung, daß er in Wahrheit keine Vollmacht erteilen wollte, nur dann zu hören, wenn er die Konkludenz seines äußeren Verhaltens durch eine rechtzeitige Vorbehaltserklärung — die aber ebenfalls durch stillschweigendes, jedoch für den Gegner erkennbares Verhalten erfolgen kann — entkräftet hatte." Damit ist die Anfechtung wegen Irrtums ausgeschlossen, aber mit Hupkas Theorie von der stillschweigenden Bevollmächtigung steht diese Behandlung nicht im Einklang.

Die von Hupka gegebene Lösung erweckt aber auch anderweitige Bedenken. Zunächst ist die „Vorbehaltserklärung durch stillschweigendes, jedoch für den Gegner erkennbares Verhalten" ein höchst künstliches und unnatürliches Gebilde. Es wäre

hier zu denken etwa an die in einem Laden angebrachte Aufschrift „nur an der Kasse zu zahlen" (auch das Dasein einer besonderen „Kasse" wird genügen). Hier ist es doch viel einfacher und zweckentsprechender, anzunehmen, daß dadurch eine Modifikation des äußeren Tatbestandes eingetreten ist, durch welche der gute Glaube des Dritten beseitigt werden soll, der aus der Aufschrift ersieht oder ersehen muß, daß nicht alle Angestellten zur Empfangnahme von Zahlungen berechtigt sind.

Hupka scheint allerdings der Ansicht zu sein, und das ergibt sich auch als Konsequenz aus der Theorie der stillschweigenden Bevollmächtigung[28]), daß die Kenntnis des Dritten davon, daß etwa der Angestellte nicht bevollmächtigt sei, grundsätzlich nicht schade, daß also A. 50 a. HGB. auch dem schlechtgläubigen Dritten zu gute komme. Das ist um so merkwürdiger, als Hupka zu ganz anderen Konsequenzen gelangt, wenn der Angestellte zwar Vollmacht hatte, aber eine engere als die in A. 50 statuierte; denn hier würde sich die engere interne Vollmacht gegenüber der nach außen hin „stillschweigend" erklärten als „interne Instruktion" darstellen.[29]) In diesen Fällen aber tritt, wie Hupka mit Recht betont, ein Schutz des Dritten nur ein, wenn er die internen Beschränkungen nicht kannte.[30]) Warum es aber dem Dritten schaden soll, wenn er weiß, daß der Angestellte eine engere Vollmacht hatte, dagegen nicht schaden soll, wenn er weiß, daß derselbe gar keine Vollmacht hatte, ist nicht gut einzusehen.

Es möge endlich hervorgehoben werden, daß das deutsche BGB. auch auf dem Gebiete der Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen eine Norm enthält, welche auf dem Vertrauensschutz beruht und in welcher hinsichtlich der Frage,

[28]) Es könnte nur die Anfechtung wegen Irrtums in Betracht kommen (vgl. oben S. 98), diese schließt aber Hupka hier aus.

[29]) Hupka a. a. O., S. 204 ff., 215 ff.

[30]) A. a. O., S. 220 und dazu oben S. 80, A. 5.

ob ein genügender äußerer Tatbestand gegeben sei, unmittelbar auf die Verkehrsauffassung verwiesen wird. § 701, Abs. 2 bestimmt:

> Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben . . . hat.

Hinsichtlich der Auslegung dieser Bestimmung herrscht große Unsicherheit. Während Dernburg[31]) annimmt, daß das Vorgeben irgend einer beliebigen Person, sie sei zur Übernahme der Sachen bestellt, genüge, um die Haftung des Wirtes zu begründen, sucht die herrschende Lehre[32]) durch Aufzählungen, wer unter „Leuten des Gastwirts" zu verstehen sei, eine Abgrenzung der Haftung zu erreichen.

Es handelt sich hier aber offenbar um nichts anderes als einen Anwendungsfall des allgemeinen Gedankens des Vertrauensschutzes. Der Fremde kann die Haftung des Wirtes auch dann in Anspruch nehmen, wenn er im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand der Bestellung gehandelt hat. Auch dieser Schutz tritt dann nicht ein, wenn jener Tatbestand ohne Zutun des Gastwirtes zu stande gekommen ist. Der Gastwirt haftet daher nicht, wenn der Fremde lediglich auf die Behauptung einer Person hin, daß sie zur Übernahme bestellt sei, derselben seine Sachen übergeben hat; denn es fehlt hier an einem äußeren Tatbestande der Bestellung. Der Wirt haftet auch dann nicht, wenn etwa ein Gauner mit einer selbst verfertigten Hotelmütze auf dem Kopfe die Sachen des Reisenden übernimmt[33]); denn hier ist der Schein der Bestellung ohne

---

[31]) II, § 353, II, 4.

[32]) Vgl. Planck, Erl. 2 b zu § 701; Endemann, I, § 186, A. 10; Staudinger-Engelmann zu § 701, III, 4 a.

[33]) Crome, II, § 278, A. 14, bejaht in diesem Falle die Haftung des Wirtes.

Zutun des Wirtes entstanden. Die Haftung tritt aber allerdings ein, wenn der Wirt dem aus seinen Diensten getretenen Angestellten die Hoteldreß belassen hat, oder wenn jemand mit der vom Wirte ausgeliehenen Hoteldreß Mißbrauch treibt.

Die Hotelmütze spielt in diesen Fällen ganz dieselbe Rolle des rechtfertigenden äußeren Tatbestandes, wie etwa die Vollmachturkunde im Falle des § 172. Will man auch hier in der Ausfolgung der Hotelmütze seitens des Wirtes eine an den Reisenden gerichtete stillschweigende Willenserklärung sehen, welche dem Reisenden durch das Erblicken der Mütze zugeht?

IV. Ergebnisse. Das englische Recht.

Wenn wir nun zurückblicken auf die Fälle, in denen das moderne Recht offen oder auf Umwegen dem Schutz des Vertrauens auf äußere Tatbestände Rechnung trägt, so werden wir sagen müssen, es handelt sich hier um eine Reihe von Einzelfällen, welche Ausflüsse eines gemeinsamen, in Entwicklung begriffenen rechtspolitischen Gedankens sind, der darauf hinausläuft, im Interesse des Verkehrs äußere Tatbestände der Rechte und Rechtsverhältnisse als maßgebend zu erklären.[1]) Diesem Gedanken wird teils dadurch Rechnung getragen, daß die Rechtsordnung künstliche äußere Tatbestände schafft, teils dadurch, daß die natürliche Erscheinungsform von Rechten und Rechtsverhältnissen zur Grundlage des Vertrauensschutzes gemacht wird. Während in der ersten Gruppe von Fällen grundsätzlich kein Gewicht darauf gelegt wird, wie der rechtfertigende Tatbestand zu stande gekommen ist, finden wir in der letzteren Gruppe als Prinzip festgehalten,

---

[1]) Verfehlt ist der Gedankengang Ramdohrs (a. a. O., insbesonders S. 126 f.), der alle Normen über den Schutz des gutgläubigen Verkehrs darauf zurückführt, daß es Aufgabe der Rechtsordnung sei, „daß der mangelnden menschlichen Fähigkeit im Erkennen der konkreten Sach- und Rechtslage mit allen überhaupt verfügbaren Schutzmitteln zu Hilfe gekommen werde." Erklärt sich das stete Umsichgreifen jener Normen etwa aus dem allmählichen Schwinden der menschlichen Erkenntnisfähigkeit oder haben frühere Zeiten die Grenzen derselben übersehen? Der Grund ist doch wohl der, daß die Rechtsordnung früher hinsichtlich des „caute negotiari" Anforderungen gestellt hat, die mit dem gesteigerten modernen Verkehrsleben nicht mehr verträglich sind. Nicht das mangelnde „Erkennen-können", sondern der Protest des Verkehrs gegen das „Untersuchen-sollen" ist der treibende Faktor.

daß der Vertrauensschutz nur dann eintritt, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun des Benachteiligten entstanden ist. Wollten wir also aus beiden Gruppen ein gemeinsames Prinzip ableiten, welches das Mindestmaß des Vertrauensschutzes zum Ausdrucke bringen würde, so müßte es lauten: Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zu stande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht. Einen gesetzlichen Anhaltspunkt für die Auslegung des Begriffes „Zutun" ist in den meisten Gesetzgebungen durch die Abgrenzung des fahrnisrechtlichen Verkehrsschutzes gegeben.

Von großer Bedeutung wäre die Anerkennung dieses Prinzips insbesondere in der ersten Gruppe von Fällen dort, wo das Gesetz selbst dem künstlichen äußeren Tatbestande, dem Register, nur in beschränktem Maße öffentlichen Glauben zuerkannt hat. Mit unserem Grundsatze könnte trotz der gesetzlichen Einschränkung der Schutz des Vertrauens auf öffentliche Register insoweit durchgesetzt werden, als es sich um Eintragungen handelt, welche von der Partei selbst veranlaßt wurden.

Mit derartigen Erwägungen operierte nun tatsächlich das deutsche Reichsgericht — wenigstens vor dem Inkrafttreten des BGB. — um den Schutz des Vertrauens auf das Handelsregister zu begründen.[2]) So wird in einem Erkenntnisse

[2]) Vgl. zu diesen Entsch. insbesondere Ehrenberg in Iherings Jahrb., 47, S. 334 ff. Die Theorie geht zum Teile noch weiter; vgl. Staub, Komm., S. 86 f.; Staub-Pisko zu A. 12 a. HGB., § 7; Düringer-Hachenburg, Komm., S. 82; Lehmann-Ring, Komm. S. 68; Canstein, Lehrb., I, S. 345; dagegen Ehrenberg a. a. O.; Randa, HR., § 10.

vom 17. Jänner 1898 (Entsch. 40, S. 146) ausgeführt: „Es entspricht den allgemeinen Grundsätzen, daß der sich Dritten gegenüber Erklärende den Inhalt seiner Erklärungen gegen sich gelten lassen muß und daß, wenn eine Erklärung allgemein und öffentlich abgegeben worden, die Kraft derselben eine allgemeine ist, so daß sich jeder darauf berufen kann." Nach einem Erkenntnisse vom 22. Oktober 1887 (Entsch. 19, S. 197) genügt es sogar, daß der Betreffende die fragliche Eintragung in das Handelsregister „zugelassen" hat: „Wer zuläßt, daß ein anderer ein Handelsgewerbe unter einer Firma, die ihn als Mitgesellschafter erscheinen läßt, betreibt, ist Gesellschafter im Sinne der Bestimmungen über die Haftung bei offenen und Kommanditgesellschaften, mag auch nach innen gar kein Gesellschaftsverhältnis vorliegen. Der Grund liegt nicht in den Grundsätzen über die Wirkungen des dolus, die immer nur zu einem Interessenersatz führen könnten, sondern darin, daß diese Verhältnisse ihrer Natur nach und besonders nach der Auffassung des Handelsgesetzbuches sowohl eine innere wie eine äußere Seite haben und auch bei Inkongruenz dieser beiden Seiten das Rechtsverhältnis in betreff der äußeren Seite entsprechend dem mit Einwilligung des Vertretenen Kundgegebenen als bestehend erachtet wird." Aber auch nach dem Inkrafttreten des BGB. und des RHGB. hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 3. März 1902 (Entsch. 50, S. 429) erkannt: „Derjenige, welcher eine die Gestaltung seines Handelsgewerbes betreffende Eintragung im Handelsregister und deren Veröffentlichung herbeiführt, sei mit dem Einwande, daß das, was auf seinen Antrag eingetragen worden, dem wahren Sachverhalt nicht entspreche, insoweit nicht zu hören, als es sich um seiner Disposition unterliegende Verhältnisse handle."

Das Reichsgericht leitet demnach den öffentlichen Glauben des Handelsregisters aus allgemeinen Erwägungen ab, welche dem oben formulierten Prinzip sehr nahe stehen. Aber dem

deutschen Gesetzbuche gegenüber hat die Anerkennung desselben einen schweren Stand. Das ist zum Teile eine unmittelbare Folge der Kodifizierung eines in Entwicklung begriffenen Rechtsgedankens. Er wird in einem bestimmten Stadium der Entwicklung festgelegt und damit bis zu einem gewissen Grade petrifiziert. Die Einzelfälle, in denen er sich bisher durchgesetzt hat, werden von der Gesetzgebung fixiert und erscheinen nunmehr eben als Einzelfälle, nicht mehr als die Durchbruchsstellen eines allgemeineren Gedankens. Je festgefügter und engmaschiger ein Gesetzeswerk ist, desto gefährlicher ist es für die Fortentwicklung solcher Ideen. Ferner muß für das deutsche BGB. nochmals nachdrücklich darauf hingewiesen werden, daß die Ordnung des Verhältnisses zwischen Willen und Erklärung mit unserem Prinzip in offenem Widerspruche steht und daß daher schon aus diesem Grunde die Anerkennung desselben als Rechtsprinzip ausgeschlossen ist.

Auf dem Boden des deutschen Rechts wird man sich daher begnügen müssen, die aufgeführten Fälle als Einzelfälle gelten zu lassen, aber als solche, denen ein gemeinsamer Gedanke zu Grunde liegt und die daher einer extensiven Interpretation fähig und bedürftig sind, wie dies insbesondere hinsichtlich des § 172 BGB. ausgeführt wurde.[3]) Nicht anders steht die Sache für den schweizerischen und ungarischen Entwurf, wenn auch in letzterem die Lehre von der Willenserklärung und den Willensmängeln unserem Prinzip entsprechend geordnet ist.

Viel weiter in der Anerkennung des hier vertretenen Gedankens geht die englische Jurisprudenz mit ihrer Lehre vom „estoppel", welche Schuster[4]) in folgende Worte zusammenfaßt: „Wenn jemand, auch ohne sein Verschulden, durch Worte oder Handlungen oder Unterlassungen einen

---

[3]) Vgl. auch Seeler a. a. O., S. 2 f., 36 f.

[4]) Der englische Aktienschein, S. 331, A.; vgl. dazu oben S. 68 f.

anderen zur irrtümlichen Annahme einer Tatsache verleitet und dieser andere durch die Annahme dieser Tatsache zu einer Handlung oder Unterlassung veranlaßt wird, durch welche er Schaden erleidet, so ist der Urheber der falschen Annahme verpflichtet, dem anderen gegenüber so zu verfahren, als ob die betreffende Tatsache wirklich vorhanden gewesen wäre." Der prozessuale Vorgang ist der, daß der Entscheidung nicht die wahre Rechtslage, sondern der äußere Tatbestand zu Grunde gelegt wird.

Nach englischem Recht greift aber der Schutz des Vertrauens auf die äußere Erscheinungsform rechtlich relevanter Momente noch viel weiter, er erstreckt sich auch auf das Gebiet der Geschäftsfähigkeit (legal capacity), indem die Wirksamkeit von Verkehrsgeschäften, welche ein Geisteskranker abschließt, abhängig gemacht wird von dem äußeren Eindrucke, den der Geisteskranke auf die Gegenpartei machte.[5]) Derartige Rechtsgeschäfte einer geisteskranken Person sind wirksam, es sei denn, daß von demjenigen, der dieselben anzufechten sucht, der Nachweis erbracht wird, daß die Gegenpartei die Geisteskrankheit kannte (was aware of the unsoundness of mind). Streit herrscht nur darüber, ob das zutreffende Kriterium für die Abgrenzung der Verkehrsgeschäfte das zweiseitige Rechtsgeschäft (bilateral act), oder das entgeltliche Rechtsgeschäft (act for value) bilde.

Die Hauptstütze dieser Ansicht bildet eine Entscheidung des Court of Appeal aus den Neunzigerjahren, in welcher der Master of the Rolls Lord Esher folgende Rechtsausführung gab: „Wenn jemand einen Vertrag schließt und hinterher behauptet, er sei zu der fraglichen Zeit so geisteskrank gewesen, daß er nicht gewußt habe, was er täte, und wenn er diese Behauptung beweist, so ist doch der Vertrag nach jeder Richtung

---

[5]) Vgl. zu dem folgenden Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands (1906), Bd. 1, S. 14 ff., 357—369.

hin, mag es sich um einen executory contract oder um einen executed contract handeln, in gleicher Weise bindend, als wenn er zur Zeit des Vertragsschlusses geistig gesund gewesen wäre, es sei denn, daß er den weiteren Nachweis erbringen kann, daß die Person, mit der er kontrahierte, ihn für so geisteskrank kannte, daß er nicht fähig wäre, seine Handlungsweise zu verstehen."[6])

Für die Anwendung dieses Grundsatzes ist es gleichgültig, ob der Zustand des Geisteskranken durch ein gerichtliches Ermittlungsverfahren festgestellt worden war, ebenso ob für ihn ein Kurator bestellt war oder nicht.[7])

Diese Behandlung der Geisteskranken im Verkehre reicht freilich über das oben formulierte Prinzip noch hinaus, trifft aber im Grundgedanken mit demselben zusammen, und ich halte sie für zutreffender als die der kontinentalen Gesetzgebungen. Es ist unbillig und ungerecht, die zivilrechtlichen Folgen der Geisteskrankheit lediglich vom Interessenstandpunkte der kranken Person aus zu normieren und auf diese Weise den Kranken vor dem Gesunden zu bevorzugen. Die Mitleidsmoral hat gewiß im Verkehrsrechte noch weniger Berechtigung als anderswo und der mangelnde „Wille" oder die fehlende „freie Willensbestimmung" (§ 104, Z. 2, D. BGB.) kann kein Hindernis bieten in einer Rechtsordnung, die sich, wie wir gesehen haben, im Verkehrsinteresse in vielen Fällen über den Mangel des Willens hinwegsetzt oder einen Willen dort fingiert, wo er nicht vorhanden ist.

Es ist auch verfehlt, die Feststellung des Begriffes der Geisteskrankheit einfach der Psychiatrie zu überantworten, die

---

[6]) Dieselben Normen gelten für die Verträge trunkener Personen; vgl. Schirrmeister a. a. O., S. 379 ff.

[7]) Die nordamerikanische Rechtsprechung schwankt zwischen dem englischen Standpunkte und dem Willensdogma; vgl. Schirrmeister a. a. O. S. 368, A. 15.

sich naturgemäß ausschließlich auf den Standpunkt des kranken Subjektes stellt, und ebensowenig darf das Zivilrecht die strafrechtlichen Ergebnisse ohneweiters akzeptieren, die wieder von ganz anderen Zweckmomenten beherrscht sind. Jedenfalls wird das moderne Zivilrecht die Bedeutung der Kennbarkeit der Geisteskrankheit nicht auf die Dauer außer acht lassen dürfen.

Zweiter Teil.

Der Schutz des Vertrauens auf äußere Tatbestände im österreichischen bürgerlichen Recht.

I. Besitz und Grundbuch.

1. Geschichtliches.

A. Das Naturrecht.

Lange bevor die germanistische Wissenschaft die Publizitätsfunktion des Fahrnisbesitzes erkannt hat, finden wir in den Vorarbeiten zum österreichischen BGB. die Gleichstellung von Besitz und Grundbuch hinsichtlich der Kennbarmachung dinglicher Rechte für Dritte.

In dem einleitenden Vortrag zum Sachenrechte (Sitzung vom 21. März 1803) führte Zeiller aus[1]): „Unser Recht heißt ein dingliches, wenn es gegen alle Menschen ausgeübt werden kann, folglich einer Sache gleichsam anklebet und sie überall hinbegleitet. Dagegen heißt unser Recht ein persönliches, wofern wir es nur gegen eine bestimmte Person ausüben, folglich nur von ihr eine gewisse Leistung fordern können.

Sollte in der bürgerlichen Gesellschaft ein Recht als ein dingliches, gegen alle sich behauptendes Recht gelten, so müsse es zur Sicherheit des Verkehrs ein deutliches Merkmal geben,

[1]) Prot., I, S, 213; vgl. auch Pfaff-Hofmann, Komm., I, 358.

woran alle das einem Dritten ausschließend zustehende Recht erkennen können.

Ein solches einleuchtendes Merkmal sei der Besitz; sei es nun ein körperlicher Besitz oder ein Besitz durch aufgedrückte Zeichen oder die Eintragung in die allen zugänglichen öffentlichen Bücher.

Irgend ein Besitz dieser Art sei in Österreich nach einer vortrefflichen alten Rechtsverfassung immer notwendig, damit uns ein dingliches Recht zustehe. Ohne denselben haben wir nur ein persönliches Recht."

Nicht um einen gelegentlich hingeworfenen Gedanken handelt es sich hier, sondern um die Formulierung eines legislativen Prinzips, das in aller Form als Richtschnur für die Regelung des Sachenrechtes hingestellt wird. In welcher Weise dieses Prinzip im Gesetzbuche zum Ausdrucke gelangt ist, wird später zu erörtern sein. Hier ist in erster Linie die Frage zu beantworten, wie Zeiller zu diesen mit „allgemeiner Zustimmung"[2]) aufgenommenen Bemerkungen gekommen ist.

Die Fassung des allgemeinen Prinzips verweist seiner Form nach auf naturrechtlichen Einfluß; überdies beruft sich Zeiller auf das ältere österreichische Recht. Nach beiden Richtungen hin hat man aber die Quellen Zeillers bisher nicht aufzufinden vermocht. Dem Naturrechte sei ein Publizitätsgedanken völlig fremd gewesen[3]) und das ältere österreichische Recht habe ein fahrnisrechtliches Publizitätsprinzip nicht gekannt.[4])

---

[2]) Prot., I, 214.

[3]) Krasnopolski, Schutz des redlichen Verkehrs, S. 20 f.

[4]) Krasnopolski a. a. O., S. 15 ff.; Randa, Eigentum, S. 339; Unger, sächs. Entw., S. 205, behauptet allerdings, daß in den österreichischen Ländern der redliche Besitzer, der die Sache vom Vertrauensmann des Eigentümers erworben hatte, geschützt gewesen sei, läßt aber diese Behauptung ohne Beweis.

Was das Naturrecht anlangt, so ist die angeführte Behauptung für die ältere Schule im großen und ganzen richtig. Ausgehend von dem römischen Eigentumsbegriffe, konnte ein logisch konstruiertes Vernunftrecht kein Verständnis haben für Beschränkungen der Eigentumsverfolgung im Interesse des Verkehrs. Ist doch sogar das Institut der Ersitzung, das von Grotius[5]), Pufendorf[6]) und noch von Wolf[7]) verteidigt wurde, von den späteren Naturrechtslehrern überwiegend als auf positiven Zweckmäßigkeitsgründen beruhend aus dem Naturrechte ausgeschieden worden.

Doch finden sich schon im älteren Naturrechte einige Spuren des Publizitätsgedankens. So wird beim Eigentumserwerb durch Okkupation die Ersichtlichmachung der erfolgten Besitznahme und ihres Umfanges durch Zeichen gefordert, welche geeignet sind, dritten Personen gegenüber die Okkupation kennbar zu machen.[8])

Wichtiger ist, daß die Kennbarkeit des Eigentumserwerbes ab und zu auch beim derivativen Erwerbe gefordert wird, oder daß die römischen Traditionsformen unter dem Gesichtspunkte der Kennbarmachung des Eigentumsüberganges aufgefaßt werden.[9]) Der Publizitätsgedanke äußert sich ferner in der Form, daß das Eigentum mit dem

---

[5]) De iure belli ac pacis l. II, c., IV; Grotius rechtfertigt die Ersitzung aus dem präsumierten Dereliktionswillen des Eigentümers. Der Einfluß des deutschrechtlichen Verschweigungsgedankens ist hier unverkennbar.

[6]) De iure naturae et gentium libri octo l. 4, c. 12; er führt die usucapio auf einen stillschweigend getroffenen Vergleich der Völker zurück.

[7]) Jus naturæ, III, 7, § 1015 ff.

[8]) Vgl. Grotius a. a. O., l. II, c. III, § 11; Heineccius, Elementa iuris naturae et gentium, ed. II, l. 1, § 242; Feder, Lehrbuch der praktischen Philosophie, 4. Aufl., § 14; Höpfner, Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und Völker, 2. Aufl., § 49.

[9]) Pufendorf a. a. O., l. 4, c. 9, § 3; Gundling, Ius naturae ac gentium c. 22, § 14 u. 15.

Besitzverluste aufhöre, sobald es für den Dritten nicht mehr kennbar sei. Daries, der diese Ansicht aufstellte, hat aus ihr auch die Überflüssigkeit der Ersitzung für das Naturrecht abgeleitet.[10]) Sie ist für das österreichische Recht deshalb von besonderem Interesse, weil die naturrechtliche Verbrämung, welche Azzoni in den Vorarbeiten zum Codex Theresianus dem fahrnisrechtlichen Publizitätsprinzip gegeben hat, offenbar auf Daries zurückgeht.[11]) Eine Beschränkung der Eigentumsklage zu Gunsten des redlichen Erwerbers hat von den angesehenen älteren Naturrechtslehrern nur Höpfner behauptet.[12]) Er hat diese Ansicht aber später selbst wieder aufgegeben.[13])

Während es sich demnach bis gegen das Ende des 18. Jahrhunderts lediglich um verstreute Äußerungen des Publizitätsgedankens handelt, ändert sich die Sachlage mit einem Schlage mit dem Erscheinen von Kants „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre" (nach der Michaelismesse 1796, datiert 1797). Kant tritt im Gegensatze zur damaligen naturrechtlichen Lehre entschieden für die Berechtigung der Ersitzung ein. Die Begründung aber, welche er dafür gibt, führt direkt zu einem scharf ausgeprägten Publizitätsprinzip. Er lehrt[14]):

---

[10]) Institutiones iurisprudentiae universalis, 6. Aufl. (1. Aufl., 1740), §§ 467 u. 493.

[11]) Harrasowsky, Cod. Ther., II, S. 131, A. 5: „Es hat das Eigentum von dem Besitz seinen Ursprung, kann demnach durch den Entgang des Besitzes nach Umständen wieder verloren werden."

Über den Einfluß von Daries in der österreichische Kodifikationsgeschichte vgl. auch Ehrenzweig, Die österr. Erbfolgeordnung, S. 14 ff.

[12]) A. a. O., § 53 und Anhang, S. 236.

[13]) Vgl. 6. Aufl. (1801).

[14]) Ausg. von Rosenkranz und Schubert, 9. T., § 33.

„Wer nicht einen beständigen Besitzakt (actus possessorius) einer äußeren Sache, als der seinen, ausübt, wird mit Recht als einer, der (als Besitzer) gar nicht existiert, angesehen; denn er kann nicht über Läsion klagen, so lange er sich nicht zum Titel eines Besitzes berechtigt, und wenn er sich hinten nach, da schon ein Anderer davon Besitz genommen hat, auch dafür erklärte, so sagt er doch nur, er sey ehedem einmal Eigenthümer gewesen, aber nicht, er sey es noch, und der Besitz sey ohne einen kontinuierlichen rechtlichen Akt unterbrochen geblieben. — Es kann also nur ein rechtlicher und zwar sich kontinuirlich erhaltender und dokumentirter Besitzakt seyn, durch welchen er bei einem langen Nichtgebrauch, sich das Seine sichert.

Denn setzet: Die Versäumung dieses Besitzaktes hätte nicht die Folge, daß ein Anderer auf seinem gesetzmäßigen und ehrlichen Besitz (possessio bonae fidei) einen zu Recht beständigen (possessio irrefragabilis) gründe und die Sache, die in seinem Besitz ist, als von ihm erworben ansehe, so würde gar keine Erwerbung peremtorisch (gesichert), sondern alle nur provisorisch (einstweilig) seyn; weil die Geschichtskunde ihre Nachforschung bis zum ersten Erwerber und dessen Erwerbsakt hinauf zurückzuführen nicht vermögend ist. — Die Präsumtion, auf welcher sich die Ersitzung (usucapio) gründet, ist also nicht bloß rechtmäßig (erlaubt, iusta) als Vermuthung, sondern auch rechtlich (praesumtio iuris et de iure) als Voraussetzung nach Zwangsgesetzen (suppositio legalis): wer seinen Besitzakt zu dokumentiren verabsäumt, hat seinen Anspruch gegen den dermaligen Besitzer verloren, wobei die Länge der Zeit der Verabsäumung . . . nur zum Behuf der Gewißheit der Unterlassung angeführt wird. Daß aber ein bisher unbekannter Besitzer, wenn jener Besitzakt (es sey auch ohne seine Schuld) unterbrochen worden, die Sache immer wiedererlangen (vindiciren) könne (dominia rerum incerta facere),

widerspricht dem obigen Postulat der rechtlich-praktischen Vernunft."[15])

Der Rechtsgrund der Ersitzung wird also von Kant in die Unkennbarkeit des Eigentums verlegt, während der Zeitablauf für irrelevant erklärt wird. Damit ist der Grundgedanke der Ersitzung aufgegeben und das Postulat der Kennbarkeit dinglicher Rechte aufgestellt. Das hat Kant später auch selbst klar hervorgehoben. In dem „Anhang erläuternder Bemerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre" (1798) führt er (im Anhange 6. Vom Rechte der Ersitzung) aus:

„Davon ist . . . hier . . . die Rede, . . . ob ich mich auch als Eigenthümer behaupten kann, wenn sich gleich ein Prätendent als früherer wahrer Eigenthümer der Sache melden sollte, die Erkundung aber seiner Existenz als Besitzers und seines Besitzstandes als Eigenthümer schlechterdings unmöglich war; welches Letztere alsdann zutrifft, wenn dieser gar kein öffentlich gültiges Zeichen seines ununterbrochenen Besitzes (es sey aus eigener Schuld oder auch ohne sie) z. B. durch Einschreibung in die Matrikeln oder unwidersprochener Stimmgebung als Eigenthümer in bürgerlichen Versammlungen, von sich gegeben hat.

Denn die Frage ist hier: wer soll die rechtmäßige Erwerbung beweisen? Dem Besitzer kann diese Verbindlichkeit (onus probandi) nicht aufgebürdet werden; denn er ist, so weit wie seine konstatirte Geschichte reicht, im Besitz derselben. Der frühere angebliche Eigentümer der Sache ist durch eine Zwischenzeit, innerhalb deren er keine bürgerlich gültige Zeichen seines Eigenthums gab, von der Reihe der auf einander folgenden Besitzer nach Rechtsprinzipien ganz ab-

---

[15]) In der Lehre „von der Wiedererlangung des Verlorenen (vindicatio)" findet sich der Publizitätsgedanke mit einer anderen Begründung. § 39 a. a. O.

geschnitten. Diese Unterlassung irgend eines Besitzaktes macht ihn zum unbetitelten Prätendenten.

... Auf die Länge der Zeit des Besitzes kommt es hierbei gar nicht an, um die Sache endlich zu ersitzen (acquirere per usucapionem), denn es ist ungereimt, anzunehmen, daß ein Unrecht dadurch, daß es lange gewährt hat, nach gerade ein Recht werde. Der (noch so lange) Gebrauch setzt das Recht in der Sache voraus: weit gefehlt, daß dieses sich auf jenen gründen sollte. Also ist die Ersitzung (usucapio) als Erwerbung durch den langen Gebrauch ein sich selbst widersprechender Begriff."

Im Anschlusse an diesen Gedanken Kants haben dessen Schüler[16]), zum Teil schon vor dem Erscheinen der „Anfangsgründe" in sehr entschiedener Weise den Publizitätsgedanken vertreten.

So Hufeland[17]):

„§ 226. Da in jedem Rechte nicht bloß das Erlaubtsein für den Berechtigten, sondern auch die Befugnis gegen andere, welche sich auf das ihnen obliegende Sittengesetz gründet (§ 22), enthalten ist: so kann das Eigenthumsrecht nicht anders gedacht werden, als daß eine Pflicht für andere dabey stattfinden könne (möglich sey). Diese Willensbestimmung muß also ihnen durch äußere Zeichen bekannt werden; ein bestimmtes Zeichen ist dabei durchaus nicht erforderlich.

§ 629. Auch das Eigentum selbst bedarf unmittelbarer Zeichen; der Besitz ist ein natürliches Zeichen desselben."

Schmalz[18]):

„§ 90. V. Fällt das Eigentum weg, wenn auch ohne Willen des Herrn ein anderer, der an der Sache nicht

[16]) Über ihre Stellung zu Kant vgl. Landsberg, Gesch. d. Rechtsw. III, 1, S. 512 ff.

[17]) Lehrsätze des Naturrechts, 2. Aufl.

[18]) Das reine Naturrecht, 2. Aufl.

erkannte, daß sie fremdes Eigentum war, (bona fide) sie sich auf rechtliche Art eigentümlich macht. Denn, wenn gleich dieser redliche Besitzer dem anderen ein Recht entzog, so geschah dies doch nur unwissend, also nicht gegen äußere vollkommene Pflicht." Vgl. dazu §§ 38 und 44ff.

Klein[19]):

„§ 63. Ein äußeres Recht ist ein solches, welches auch von anderen, als von dem Besitzer desselben dafür erkannt werden kann; wo dieses nicht ist, existiert nur ein inneres Recht . . .

§ 126. Das persönliche Recht zu einer gewissen Sache erlangt durch den Besitz des Berechtigten die Eigenschaft eines äußeren Rechts . . .

§ 246. Um dem Eigentum die Kraft eines äußerlichen und dinglichen Rechtes mitzuteilen, ist der mittelbare oder unmittelbare Besitz erforderlich; mithin auch die Übergabe, insofern das Eigentum durch Übertragung erlangt worden. Anm.: Nur um dem Recht auf die Sache ein äußerliches Merkmal zu geben, wodurch das Recht selbst unverkennbar wird, ist die Übergabe notwendig. Ob nun alsogleich der, welchem das Recht eines anderen an eine gewisse Sache bekannt war, seine Beeinträchtigung dieses Rechts durch den Mangel der Übergabe nicht rechtfertigen kann, so hat doch der Gesetzgeber guten Grund, die Übergabe als den Zeitpunkt zu betrachten, von welchem an das Recht gegen den Dritten gültig wird."[20])

Die ganze Wendung in der Stellung des Naturrechts zum Publizitätsgedanken steht, wie auch aus den angeführten Stellen ersichtlich ist, in engstem Zusammenhange mit der dominierenden Stellung des Pflichtbegriffes in der Kantschen

---

[19]) Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft.

[20]) Vgl. auch Hugo, Lehrbuch des Naturrechts, 4. Aufl., § 269. Über die Stellung Hugos zu Kant vgl. Landsberg in Grünh. Zeitschr., 28, S. 670 ff.

Ethik. So wenig ein konsequentes Vernunftrecht vom Begriffe des subjektiven Rechtes aus zu einer Einschränkung der Eigentumsverfolgung gelangen konnte, so nahe mußte einem Naturrechte, das den Pflichtbegriff in den Vordergrund stellte, die Forderung liegen, daß Rechte, die einem anderen Pflichten auferlegen, diesem anderen gegenüber kennbar sein müßten.

Es ist nun bekannt, daß Zeiller hinsichtlich seiner naturrechtlichen Anschauungen völlig auf Kants Schultern steht.[21]) In seinem „natürlichen Privatrechte" (§ 109 f.) finden wir den Einfluß der Kantschen Lehre bei der Behandlung der Frage, ob ein dingliches Sachenrecht an einer bestimmten Sache schon durch den Vertrag allein, oder erst durch Übergabe erworben werde. Zeiller neigt zwar der ersteren Ansicht zu, fügt aber bei:

„Folgendes scheint indessen den Gegnern zugegeben werden zu müssen. Durch Abschließung eines Vertrages, selbst über eine völlig bestimmte äußere Sache, wird das Recht des Promissars zunächst wohl für den Promittenten und die etwa dabei Gegenwärtigen, keineswegs aber auch für jeden Andern erkennbar; es ist also auch in sofern unmittelbar wohl gegen jene, nicht aber zugleich schon gegen jedermann rechtlich ausführbar, folglich auch noch nicht durchaus ein eigentlich dingliches Sachenrecht. Um dieses zu werden, muß vorher auch der völlig bestimmte Vertragsgegenstand als das Seinige des Promissars für jedermann kennbar bezeichnet, somit letzterem auf irgend eine Weise übergeben werden (§ 66). Das Recht aber, bei dem Promittenten auf die Übergabe zu dringen, ist allerdings schon durch den Vertrag über eine völlig bestimmte Sache begründet und dieses Recht ist dem wahrhaft dinglichen unstreitig näher, als

[21]) Vgl. Landsberg, Gesch. d. Rechtsw., III, 1, S. 524 f.; auch Grünhuts Zeitschr. a. a. O.

dasjenige, welches aus einem Vertrage fließt, dessen Objekt nur der Gattung nach bestimmt worden ist; immer aber ist es doch noch von dem eigentlich dinglichen in Rücksicht der Bedingungen seiner rechtlichen Ausübung gegen jeden Dritten merklich verschieden.

Hieraus ergibt sich eine deutlichere Erklärung und Unterscheidung des dinglichen und persönlichen Sachenrechtes . . . Denn in dem ersteren Falle hat der Berechtigte zunächst die Befugnis, von der Sache . . . Gebrauch zu machen, folglich auch jeden, dem sein Recht bekannt sein muß, zu zwingen, daß er ihn daran nicht hindere."

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die an die Spitze gestellten Ausführungen Zeillers unmittelbar auf das Kantsche Naturrecht zurückgehen.

Wie man sich im einzelnen die Durchführung des Publizitätsgedankens dachte, läßt sich aus den angeführten Stellen nicht mit voller Klarheit entnehmen. Kant und seine Nachfolger begnügen sich mit sehr allgemein gehaltenen Prinzipien, welche kaum Richtlinien für eine konkrete Gestaltung erkennen lassen, und auch in den Grundfragen herrscht eine gewisse Unsicherheit. Kant selbst und ebenso Schmalz stellen kein positives Publizitätserfordernis für den Erwerb dinglicher Rechte auf, sondern schließen lediglich die Wirkungen des Eigentums gegenüber demjenigen aus, für den das Eigentum nicht kennbar war. Hufeland scheint die Kennbarkeit als ein wesentliches Merkmal des dinglichen Rechtes zu betrachten, ebenso Klein, jedoch wirkt nach ihm auch das persönliche Recht auf eine Sache gegenüber dem Dritten, dem dieses Recht bekannt war (ius ad rem).

Besonders unklar in diesen Fragen ist Zeiller. Nach seiner Auffassung ist die Kennbarkeit notwendig, um ein Recht gegen jeden Dritten durchführbar zu machen. Demnach scheint die Kennbarkeit ein Begriffsmerkmal des dinglichen Rechtes zu sein. Damit steht auch die Äußerung Zeillers in den

Protokollen im Einklange. Trotzdem aber sind die Ausführungen Zeillers kaum anders gemeint, und darauf weist der Schlußsatz der abgedruckten Stelle seines „natürlichen Privatrechts" hin, als daß das nicht kennbare Eigentum gegenüber dem gutgläubigen Dritten unwirksam sei. Das ist ja auch vom Standpunkte der Kantschen Theorie das allein mögliche Resultat. Wenn man die Kennbarkeit dinglicher Rechte deshalb fordert, weil Pflichten gegenüber unkennbaren Rechten nicht bestehen können, dann hat es keinen Sinn, diese Kennbarkeit auch gegenüber demjenigen zu verlangen, dem die wahre Sachlage ohnehin bekannt ist.

Wir treffen hier auf eine Unsicherheit, die, wie wir sehen werden, die ganze Kodifikation des Sachenrechts durchzieht und die für das Verständnis desselben von der größten Bedeutung ist.

Zeiller behauptet in seinem Vortrage vom 21. März 1803, daß in Österreich der Publizitätsgedanke seit altersher in Geltung gewesen sei.

In dieser Form ist die Angabe Zeillers richtig. Wenn aber die Behauptung Zeillers, wie seine weiteren Ausführungen anzudeuten scheinen, dahin zu verstehen sein sollte, daß die Kennbarkeit ein positives Erfordernis für die Entstehung dinglicher Rechte gewesen sei, dann ist diese Äußerung nicht nur für das Fahrnisrecht unrichtig, sondern trifft auch für das Liegenschaftsrecht nur mit Beschränkungen zu.

Nur das böhmische Landtafelrecht hatte ein konsequent ausgebildetes Eintragungsprinzip. Die Gesetzgebung der alpenländischen Kronländer kennt — abgesehen vom Hypothekenerwerb, aber auch hier nicht durchgreifend — ein Eintragungsprinzip nicht, sondern lediglich ein Vertrauensprinzip.[1]) Diese vom böhmischen Rechte fundamental verschiedene Auffassung des Publizitätsgedankens hat im Gesetze selbst noch tiefgreifende Spuren hinterlassen. In der alpen-

---

[1]) Das widerspricht freilich der herrschenden Lehre, welche behauptet, daß die Landtafelpatente der altösterr. Kronländer mit der böhm. Landtafelgesetzgebung im wesentlichen übereinstimmen; vgl. Randa, Eigentum, S. 428 f.; Burckhard, III, 1, S. 185. Ich kann hier nur die wichtigsten Belegstellen für meine Ansicht anführen: steirisches Landtafelpatent (vom 15. März 1730, abgedruckt bei Johanny, Pfandrechtspränotation, S. 216 ff.) P. 20 in Verb. mit P. 12, ferner P. 14; kärntn. Landtafelpatent v. 25. Juni 1746 a. a. O. und dazu Johanny, S. 52; nicht ganz zutreffend Adler, Publ. Prinz., S. 38 f. u. 108 ff.; ferner Sammlung Chorinsky, Zur Reform der stillschweigenden Hypotheken, II, 2. 551 ff. Steir. Grundbuchpatent v. 31. Okt. 1736, Pol. Ges. S. 9, S. 158 ff., P. 12 u. 20. Grund-

ländischen Gestaltung des Publizitätsgedankens liegt die Quelle für jene Bestimmungen des BGB., welche unter Außerachtlassung des Eintragungsprinzips nur den Schutz des gutgläubigen Dritten gegenüber außerbücherlichen Vorgängen statuieren. Zeiller beruft sich daher für den Grundsatz, daß „ein schuldloser Übernehmer durch das Zutrauen auf die öffentlichen Bücher nicht zu Schaden kommen solle", mit Recht auf die „bisherige Praxis".[2]) Daß aber beide Prinzipien nebeneinander und zum Teile im Widerspruche miteinander in das BGB. Aufnahme finden konnten, das erklärt

buchpatent f. Krain v. 28. Sept. 1771, Sg. d. Ges. Jos. II., 6, S. 386 ff., §§ 5, 12, 25. Oberösterr. Grundbuchpatent v. 1792, Nr. 66 J. G. S., §§ 12, 16, 19, 23, 25. Landtafelpatent für Breisgau v. 1. August 1783, J. G. S. Nr. 169, §§ 6, 10, 12, 15; für das Innviertel v. 10. Jänner 1791, J. G. S. Nr. 113, §§ 6, 9, 12, 15 und sogar Landtafelpatent für Böhmen und Mähren v. 22. April 1794, Nr. 171, J. G. S., § 5. Näher stehen dem böhmischen Landtafelrechte das n.-ö. Landtafelpatent v. 24. November 1758 (bei Johanny S. 238 ff.) und das Patent vom 1. September 1765 für die n.-ö. städtischen Grundbücher (Cod. Austr., VI, S. 748 ff.); aber auch hier P. 24, bezw. 22; dazu auch Chorinsky, Vormundschaft, S. 343 ff., ferner Greneck, Theatrum iurisd. Austr., K. III, A. 14, § 2 u. 4 f.

Man darf sich bei der Beurteilung der angeführten Grundbuchsgesetze nicht irreführen lassen dadurch, daß die Textierung öfter in Anlehnung an die böhmische Landtafelgesetzgebung ein Eintragungsprinzip zu statuieren scheint. Die genaue Analyse der einzelnen materiellrechtlichen Bestimmungen zeigt, daß es sich lediglich um ein Vertrauensprinzip handelt.

[2]) Vgl. dagegen Randa, Eigentum, S. 537 f., der freilich die Bemerkung Zeillers mit einem Fragezeichen versieht. Merkwürdig ist es, daß Adler, Publ. Prinz., der über die alpenländische Grundbuchsgesetzgebung eine Reihe richtiger Bemerkungen macht, die Bedeutung dieser Entwicklung für das BGB. völlig verkannte und daher auch zu einem dogmatisch unhaltbaren Resultate gelangte.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich ferner, daß die Ansicht Steinlechners (Die Unredlichkeit als rechtshindernde Tatsache im bücherlichen Verkehr, S. 86 ff.) der auch für die Übertragung von Liegenschaften nicht das Eintragungs- sondern nur das Vertrauensprinzip gelten läßt, eines historischen Hintergrundes nicht entbehrt.

sich aus jener Unklarheit in der Unterscheidung derselben, auf welche bereits hingewiesen wurde — eine Unklarheit, die auch im Laufe der Beratungen nicht völlig geschwunden ist und in welche nur ein einziges Mal Pratobeveras scharfer Geist hineingeleuchtet hat.[3])

Was den Publizitätsgedanken im älteren österreichischen Fahrnisrechte anlangt, so kann ich in dieser Beziehung an meine Abhandlung „Publizitätsgedanke und Fahrnisklagen im Usus modernus"[4]) anknüpfen. Ich habe nachgewiesen, daß die eigenartige, dem Rechte der französischen coutumes ähnliche Gestaltung des Publizitätsprinzips im Codex Theresianus keine freie Erfindung der Redaktoren war, sondern im engsten Zusammenhange steht mit gemeinrechtlichen Fahrnisklagen, welche unmittelbare Nachkommen der deutschen Fahrnisklage sind.

Diese Fahrnisklagen des Usus modernus, welche sich auf unfreiwilligen Besitzverlust gründen (vindicatio rei furtivae und ältere Spolienklage), wurden seit dem Beginn des 18. Jahrhunderts in ihrer Wirkung gegenüber Dritten in der Weise beschränkt, daß der Nachweis des objektiv unverdächtigen Erwerbes seitens des Beklagten zur Abweisung der Klage führte. Dieser Beweis konnte nur durch Stellung des Gewähren oder Berufung auf Marktkauf geführt werden (Pflicht zur Angabe des Besitztitels). Diese durch den Publizitätsgedanken modifizierten Fahrnisklagen finden wir seit jener Zeit als condictio furtiva und in der Form der jüngeren Spolienklage.[5]) Sie unterscheiden sich von der deutschen Fahrnisklage in ihrer spätesten Ausgestaltung insbesondere dadurch, daß sie auch eingriffen bei der Unter-

---

[3]) Prot., II, S. 527. Auf diese Stelle hat Steinlechner a. a. O., S. 106 f. aufmerksam gemacht.

[4]) Grünhut Zeitschr., 31, S. 631 ff.

[5]) A. a. O., S. 645 ff. Wenn Schultze (Gerüfte und Marktkauf, Breslauer Festgabe für Felix Dahn, S. 62) die von mir dargestellte Ent-

schlagung anvertrauter Sachen, ein Unterschied, der mit dem Eindringen des römischen Furtivitätsbegriffes im Zusammenhange steht.[6])

Mit der Einschränkung jener Klage war nun tatsächlich ein Schutz des objektiv unverdächtigen Erwerbes erreicht, denn eine Eigentumsklage im römischen Sinne bei Fahrnis ist im älteren österreichischen Rechte praktisch kaum jemals in Geltung gewesen. Ein strikter Beweis für diese Behauptung läßt sich freilich schwer führen. Ich kann mich in dieser Beziehung berufen auf die in meiner Abhandlung angeführten Belege[7]), aus denen hervorgeht, daß selbst der gemeinrechtlichen Doktrin der Gedanke, die Rückforderung abhanden gekommener Fahrnis auf ein subjektives Recht zu gründen, bis in das 17. Jahrhundert hinein völlig fremd geblieben ist, daß immer wieder die Auffassung durchschlägt, daß der unfreiwillige Besitzverlust die Grundlage der Rückforderung bilde — Spuren dieses Gedankens werden wir noch in den Protokollen zum BGB. finden — und daß endlich die Landesordnungen und Entwürfe der alpenländischen Kronländer bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts nur eine durch romanistische Gedankengänge modifizierte deutsche Fahrnisklage kennen.[8])

Es ist ferner zu erwägen, daß die römische Eigentums-

---

wicklung dahin deuten zu können glaubt, daß die condictio furtiva und die Spolienklage unter dem Einflusse der Anefangsklage auf den wissentlichen Erwerber ausgedehnt wurden, so ist diese Auffassung nicht haltbar. Das ältere gemeine Recht hat die Fahrnisklagen aus unfreiwilligem Besitzverlust (Spolienklage und vindicatio rei furtivae) gegen jeden Dritten zugelassen. Erst seit dem Anfange des 18. Jahrh. findet sich die Einschränkung zu Gunsten des objektiv unverdächtigen Erwerbes. Und auch diese Einschränkung ist gewiß nicht in erster Linie durch doktrinäre Gründe veranlaßt — das liegt dem Geiste der damaligen Jurisprudenz gänzlich ferne — sondern hat einen tieferen praktischen Hintergrund.

[6]) A. a. O., S. 666 ff.

[7]) A. a. O., S. 672 ff.

[8]) A. a. O., S. 684, A. 15.

klage noch heute auf dem Gebiete des Fahrnisrechtes praktisch völlig bedeutungslos ist und daß dies für die frühere Zeit um so mehr gilt, als damals die Verfolgung abhanden gekommener Fahrnis mit Rücksicht auf die weite Ausdehnung des Diebstahlsbegriffes und die Diebstahlspräsumtion, welche sich gegen den Besitzer der abhanden gekommenen Sachen richtete, wohl fast ausschließlich im Wege des Strafverfahrens vor sich ging. Daraus erklärt sich der enge Zusammenhang der Fahrnisklagen mit dem Begriffe des furtum; daraus erklärt es sich ferner, daß schon die Const. crim. Carolina Bestimmungen über die Fahrnisklage enthält, die mit der deutschen Fahrnisklage im wesentlichen übereinstimmen und die von den gemeinrechtlich gebildeten Juristen als eine vindicatio rei furtivae (Eigentumsklage mit erleichtertem Eigentumsbeweise) aufgefaßt wurden.[9])

Mit dem Übergange des alten Anklageprozesses in den Inquisitionsprozeß verwandeln sich jene Bestimmungen über die Fahrnisklage in eine Anweisung an den Strafrichter über die Rückstellung gestohlenen Gutes, wobei jedoch der erleichterte Eigentumsbeweis, ebenso wie bei den gemeinrechtlichen Fahrnisklagen, nur mehr gegenüber dem Dieb oder dem Teilnehmer (wissentlichen Erwerber) zugelassen wird (condictio furtiva).

In diesem neuen Gewande finden wir die deutschen Fahrnisklagen in den Nachfolgern der Karolina, in der Theresiana und der Kriminalgerichtsordnung von 1788:

> Const. Crim. Theresiana, Art. 45, § 12: Belangend jene fremde Sachen, worüber man den wahren Eigentümer in Erfahrung bringen kann, sollen dieselbe dem rechten Herrn, dem sie der Dieb seiner eigenen Bekanntnis nach entfremdet hat, oder der Herr solchen Guts es mit hinlänglichem Beweistum, oder auch gestalten Dingen nach

---

[9]) A. a. O., 675 ff.

zu Ergänzung des halben Beweises mit seinem Eyd darthun kann, daß sie ihme zugehören, ohne allen Entgeld erfolget werden.

Allgemeine Krim. G. O. v. 1788, § 252: Bevor das Kriminalgericht jemandem dasjenige zurückstellet, was er als ein ihm durch das Verbrechen entzogenes Gut anspricht, muß vorläufig erwiesen seyn, daß er davon wirklich der Eigenthümer sey. Diesen Beweis kann der Eigenthümer nebst den gewöhnlichen in den Gesetzen bestimmten Arten des Beweises auch durch bloße Erklärung herstellen, wenn er nämlich darthut, daß an ihm das Verbrechen verübet worden und seine Erklärung die Sache kennbar und mit solchen Merkmalen beschreibt, die nur dem wahren Eigenthümer bekannt seyn können; zugleich aber muß er die Wahrheit seyner Erklärung mit einem Eide bestätigen.

Diese Bestimmung gilt nicht, wenn das Gut inzwischen in die Hände eines Dritten gelangt ist, der sich keiner Teilnehmung schuldig gemacht hatte (§ 251).

Mit der Einschränkung der gemeinrechtlichen Fahrnisklagen aus unfreiwilligem Besitzverluste und der strafrechtlichen Verfolgung abhanden gekommener Sachen war dem praktischen Resultate nach ein Schutz des objektiv unverdächtigen Erwerbes erreicht. Die Redaktoren des Cod. Theresianus haben nun nichts anderes getan, als daß sie die dem Rechtsleben fremde römische Eigentumsklage auch theoretisch unschädlich gemacht haben. Sie setzten der Eigentumsklage eine Schranke entgegen und diese verläuft genau an der Grenzlinie, bis zu welcher die eingeschränkten Fahrnisklagen des gemeinen Rechtes reichten.[10]) Der objektiv unverdächtige Erwerber wurde gegenüber der Eigentumsklage dadurch sicher-

[10]) Besonders klar tritt dieser Zusammenhang hervor bei den Fahrnisklagen nr. 147 u. 153, II, 24, ferner in der Lehre „von Verbrechen" nr. 103 u. 104, III, 21.

gestellt, daß ihm ein Eigentumserwerb „aus Macht Rechtens" zuerkannt wurde. Der Cod. Theresianus hat demnach, allerdings in etwas komplizierter Weise, lediglich praktisch geltendes Recht kodifiziert.

Der Publizitätsgedanke des Cod. Theresianus steht somit in kontinuierlichem historischen Zusammenhange mit der deutschen Fahrnisklage. Der Schutz, den der Cod. Theresianus gewährt, reicht insofern weiter als der durch die deutsche Fahrnisklage vermittelte, als, wie erwähnt, für den Begriff der abhanden gekommenen Sachen der weite Umfang des gemeinrechtlichen furtum maßgebend ist.

Auch nach der Richtung hin finden wir deutschrechtliche Gedanken noch lebendig, daß der Schutz des Dritten mit der Publizitätsfunktion des Fahrnisbesitzes in Zusammenhang gebracht wird.[11])

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß Zeiller völlig im Rechte war, wenn er behauptete, daß auch auf dem Gebiete des Fahrnisrechtes der Publizitätsgedanke in Österreich von altersher in Geltung sei. Dieser Gedanke tritt jedoch in Form eines Vertrauensprinzips, nicht in der Gestalt eines positiven Erfordernisses für den Erwerb dinglicher Rechte zu Tage.[12])

---

[11]) A. a. O., S. 634.

[12]) Greneck, Theatrum Jurisd. Austr., III, 14, § 23, IV, 3, § 38 und Tiller, System der bürgerl. Rechtslehre, II, 2, S. 118, behaupten allerdings, daß nach dem Landsbrauch (in Niederösterreich) ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur durch wirkliche Übergabe begründet werden konnte. Indessen dürfte es sich hier nur mehr um eine Entwicklungstendenz als um feststehendes Gewohnheitsrecht handeln. Die von ihnen angeführten kais. Resolutionen sind zum Teile nicht auffindbar, zum Teile nicht beweisend (so Res. v. 27. Febr. 1739, Cod. Austr. Suppl. II, S. 1058): vgl. dazu auch Cod. Ther., III, 7, nr. 113 ff.

C. Das preußische Landrecht.

Für die Gestaltung des Publizitätsgedankens im BGB. ist seit dem Entwurfe Martini auch das preußische Landrecht von Einfluß geworden.

Hinsichtlich der Stellung des preußischen Landrechtes zum gemeinen Rechte kann ich auf meine oben erwähnte Abhandlung verweisen.[1]) Das preußische Landrecht kennt wie der Cod. Theresianus jenen Schutz des objektiv unverdächtigen Erwerbes, der sich an die gemeinrechtlichen Fahrnisklagen anschließt. Jedoch unterscheidet sich dieser Schutz von den Grundsätzen des Cod. Theresianus in zwei wichtigen Punkten. Der Dritte ist nur geschützt bei unfreiwilligem Besitzverluste (im Sinne des deutschen Rechtes). Auch dieser Unterschied steht wieder im Zusammenhange mit der veränderten Auffassung des Furtivitätsbegriffes, da das preußische Landrecht die Unterschlagung anvertrauter Sachen aus der Entwendung ausgeschieden hat. Ferner besteht der Schutz des Dritten nicht in der Ausschließung der Eigentumsklage, sondern in der Gewährung eines Lösungsanspruches.

Daneben steht im preußischen Landrechte eine zweite Form des Publizitätsgedankens, welche, wenn sie auch durch deutschrechtliche Gedankengänge beeinflußt ist, ein im wesentlichen romanistisches Gepräge hat, und die sich zum Teile erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entwickelt hatte. Das gemeine Recht war im Wege von Verzichtspräsumtionen

---

[1]) A. a. O., S. 689 ff.

zu dem Satze gelangt, daß gegenüber dem Erwerbe in öffentlicher Versteigerung die Eigentumsklage unzulässig sei. Ferner knüpfte an l. 2 u. 3, C. 7. 37. eine Entwicklung an, welche zu dem Resultate führte, daß jeder Erwerb unter staatlicher Autorität oder staatlicher Konzession dem Erwerber eine unanfechtbare Stellung verschaffe.[2]) In diesen Fällen gibt das preußische Landrecht nicht bloß einen Lösungsanspruch, sondern schließt die Eigentumsklage aus.

Endlich findet sich noch ein dritter Typus, der für das österreichische Recht von besonderer Bedeutung geworden ist. In Anlehnung an die symbolische Tradition stellt das preußische Landrecht den Grundsatz auf, daß eine Verpfändung ohne Übergabe der Sache in die Gewahrsame des Gläubigers Dritten gegenüber nur wirksam sei, wenn die Verpfändung durch geeignete Zeichen kennbar gemacht wurde.[3])

---

[2]) Im Cod. Ther. fällt der Marktkauf und der Erwerb in öffentlicher Versteigerung noch unter den Gesichtspunkt des unverdächtigen Erwerbes, II, 8, nr. 50, 52. Bezüglich des Statutes für den Triester Platz v. 6. Juni 1791 vgl. Randa, Eigentum, S. 344.

[3]) I. 20, § 271 ff.

2. Das bürgerliche Gesetzbuch.

A. Das Publizitätserfordernis beim Erwerbe dinglicher Rechte am Fahrnis.

In den verschiedensten Formen und unter den heterogensten Gesichtspunkten sehen wir den Publizitätsgedanken um die Wende des 18. Jahrhunderts hervortreten. Nicht um einzelne kümmerliche Ausnahmen vom römischen System handelt es sich hier, sondern um eine starke Entwicklungstendenz, die nach neuen Formen ringt.

Für den Naturrechtslehrer und Kantianer Zeiller mußte es von vornherein nahe liegen, eine Vereinheitlichung unter einem allgemeinen, durchgreifenden Gesichtspunkte zu versuchen. Darauf weist ja auch der zu Beginn der historischen Erörterungen angeführte Vortrag Zeillers unmittelbar hin. Ein solches einigendes Moment findet Zeiller in dem Gedanken, daß dingliche Rechte für Dritte kennbar sein müssen. Mit diesem Gedanken steht vor allem die Neuordnung der Traditionslehre durch Zeiller im Zusammenhange. Der Entwurf Martini sowie der Urentwurf kennt nur zwei Formen der Tradition, die Übergabe von Hand zu Hand und das Konstitut. Auf Vorschlag Zeillers wurde auch die symbolische Tradition in das Gesetzbuch aufgenommen — der spätere § 427 BGB.:

> Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Übergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Waren-

lager oder einer anderen Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Übergabe durch Zeichen; indem der Eigentümer dem Übernehmer die Urkunden, wodurch das Eigentum dargetan wird, oder die Werkzeuge übergibt, durch die der Übernehmer in den Stand gesetzt wird, ausschließend den Besitz der Sache zu ergreifen; oder, indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem Andern überlassen worden ist.

Die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ist in mehrfacher Beziehung interessant. Der von Zeiller vorgeschlagene Paragraph ist dem Pfandrechte des Entwurfes Martini entnommen. Er lautet dort (§ 11, II, 8 = Urentwurf § 231, II, 7):

Werden Schuldforderungen, Warenlager, Schiffe, Frachtgüter und solche bewegliche Sachen verpfändet, die man nicht allezeit von Hand zu Hand, sondern durch Zeichen zu übergeben und zu übernehmen pflegt, so sind die nötigen Maßregeln zu treffen, damit auch ein Dritter die Verhaftung leicht in Erfahrung bringen und sich vom Schaden hüten könne.

Dieser Paragraph ist wieder lediglich ein Auszug aus den weitläufigen Bestimmungen der §§ 271 ff., I, 20 des preußischen Landrechtes, welche oben erwähnt wurden.[1])

Diese pfandrechtliche Bestimmung wurde von Zeiller in die Traditionslehre aufgenommen mit dem Beifügen, der Entwurf „rede nur von einer zweifachen Übergabe, nämlich von der körperlichen und der durch Erklärung; in dem § 231 aber lasse der Entwurf wenigstens bei Verpfändungen auch eine Übergabe durch Zeichen zu".[2])

Als man dann im Pfandrechte zur Beratung des § 231

---

[1]) Das übersieht Randa, Besitz, S. 437 u. 444, Eigentum, S. 309.
[2]) Prot., I, 278.

gelangte[3]), wünschten mehrere Kommissionsmitglieder, daß die Maßregeln zur Kennbarmachung, von denen der Entwurf spreche, zur Vermeidung von Streitigkeiten bestimmt werden mögen. Jedoch wäre eine Publikation der Verpfändung wegen des Kredits der Handels- und Gewerbsmänner nicht rätlich. Hiezu bemerkte Zeiller: „Die Maßregeln, insofern sie eine Bestimmung gestatten, seien schon bei § 164 (in dem neu vorgeschlagenen, dem § 427 BGB. entsprechenden Paragraphen) angegeben worden. Mit Beziehung auf diesen Paragraph könne hier der Text kürzer entworfen werden":

„Bei Verpfändung derjenigen beweglichen Sachen, welche keine körperliche Übergabe von Hand zu Hand zulassen, muß man sich, wie bei der Übertragung des Eigentums, solcher Zeichen bedienen, woraus Jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann." (= § 452 BGB.)

Daraus ergibt sich mit voller Gewißheit, daß die in § 427 angeführten „Zeichen" in erster Linie den Zweck haben, die Eigentumsübertragung kenntlich zu machen. Ferner zeigt die Entstehungsgeschichte, daß § 427 aus dem § 452 BGB. hervorgegangen ist und daß es daher nicht „unzulässig"[4]) sein kann, den § 452 zur Erklärung des § 427 heranzuziehen, eine Behauptung, die übrigens schon an der Tatsache scheitert, daß § 452 ausdrücklich auf die Eigentumsübertragung hinweist und überdies noch den § 427 zitiert.

Wie sind nun die Redaktoren auf den Gedanken gekommen, den Traditionssymbolen die neue Funktion der Kennbarmachung der Übereignung zuzuteilen? Zum Verständnisse dieses Vorganges muß in aller Kürze die gemeinrechtliche

---

[3]) Prot., I, 291.

[4]) So Randa, Besitz, S. 434, A. 45; dagegen Exner, Trad., S. 171 ff. und Demelius, Pfandr., S. 159 ff.; vgl. auch Krainz, § 273.

Traditionslehre zu Ende des 18. Jahrhunderts in Erinnerung gebracht werden.

Die eingehende historische Untersuchung, welche Biermann[5]) über die gemeinrechtliche Lehre von der traditio ficta[6]) angestellt hat, hat zu dem Ergebnisse geführt, daß seit der Zeit des Usus modernus eine eigentümliche Änderung in der Auffassung des corpus traditionis dahin eingetreten ist, daß man in den nach römischem Rechte zur Tradition erforderlichen körperlichen Akten nur Mittel zur Klarstellung des Traditionswillens erblickte.

Nach der Auffassung des Usus modernus kennt das römische Recht neben der eigentlichen, wirklichen Tradition, der traditio vera, auch eine traditio ficta. Unter dieser Bezeichnung faßt die gemeinrechtliche Doktrin des 17. und 18. Jahrhunderts alle jene Tatbestände zusammen, bei denen eine Abschwächung des Traditionskorpus gegenüber den Voraussetzungen der Okkupation vorliegt, also insbesondere die traditio longa manu, die traditio brevi manu, zu welcher auch das constitutum possessorium gerechnet wurde, und ferner die symbolische Tradition mit ihren Unterarten, der traditio instrumentalis und der Schlüsselübergabe. In diesen Tatbeständen erblickt jedoch der Usus modernus nicht Mittel zur Erlangung einer faktischen Macht über die Sache, beziehungsweise Fälle eines Besitzerwerbes durch Stellvertreter, sondern verschiedenartige Formen der Erklärung des Übereignungswillens.[7])

---

[5]) Traditio ficta.

[6]) Vgl. dazu neuestens auch Heymann, Die dingliche Wirkung der Traditionspapiere (1905), S. 189 ff.

[7]) Vgl. Biermann a. a. O., S. 284 ff. Ich stelle hier einige besonders charakteristische der bei Biermann l. c. angeführten Aussprüche zusammen: Frommann: Legislatores nostri ex modis jure gentium voluntatem rerum translativam declarandi praeter eum, quo per traditionem corporalem id fit, primitus solum agnitum alios quos-

Unter dem Drucke dieser Auffassung wurden auch die einzelnen Arten der traditio ficta verändert und ausgestaltet.

Was die symbolische Tradition anlangt, so mußte sich hier die Frage aufdrängen, ob nicht auch die Übergabe anderer als der im römischen Rechte vorkommenden claves und instrumenta geeignet sei, den Traditionswillen in genügender Weise zu dokumentieren. Der Usus modernus ist denn auch tatsächlich über die römischen Fälle hinausgegangen, ohne jedoch theoretisch zur Konsequenz zu gelangen, daß jeder Gegenstand zulässig sei, dessen Übergabe den Traditionswillen außer Zweifel stelle. Wohl aber wurde diese Folgerung praktisch dadurch gezogen, daß die im Verkehre noch üblichen Übereignungssymbole deutschrechtlichen Ursprunges als solche anerkannt wurden. Die Erdscholle, der Halm oder Stab, Ring, Lanze, Schwert, Zaum und Halfter wurden den römischen claves und instrumenta als juristisch gleichberechtigt an die Seite gestellt.[8])

Die römische traditio clavium wurde unter dem neuen Gesichtspunkte der Erklärung des Traditionswillens in der

---

dam, sed certos et in certis casibus . . . receperunt, constituentes ut ipsi traditioni aequipollerent, pro traditione haberentur et eam repraesentarent. Daß die clavium traditio bei dem Behältnisse erfolge, wird nach ihm als Zeichen einer voluntas seria et enixa der Parteien gefordert. J. H. Boehmer hält den Begriff der trad. ficta für überflüssig: In effectu enim, qui traditionem fictam allegant, eam prorsus negant et in voluntate promittentis clara et evidente acquiescant, ut simplicius forsan sine ejusmodi involucro dici potuisset, praeter promissionem ad effectum dominii transferendi traditionem desiderari, nisi evidens et conclamatum fuerit, ex solo promisso dominium in alterum transferre promissorem, a se vero omne jus in re promissa abdicare voluisse. Lauterbach behandelt die symb. Trad. unter der Rubrik: Modi voluntatem rerum translativam declarandi. Schaumburg (Eyles) gibt als Grund für das Aufkommen der Tradition an: Animus alienandi eo magis patefit, si res alienata per traditionem transfertur.

[8]) Biermann a. a. O., S. 267 ff., 276 ff.

Richtung modifiziert, daß diejenigen Elemente, welche auf die Herstellung einer faktischen Macht über die zu erwerbende Sache Bezug haben, von der Mehrzahl der Schriftsteller als überflüssig erklärt wurden, so insbesondere die praesentia rei. So sehr stand der Usus modernus unter dem Einflusse der Idee, daß es sich hier lediglich um eine formelle Äußerung des Übereignungswillens handle, daß man es für gleichgültig erklärte, ob die richtigen oder falsche Schlüssel übergeben wurden. Die Eigenschaft des Schlüssels, Behältnisse zu öffnen, spielt eben bei der neuen Auffassung gar keine Rolle.[9])

Hinsichtlich der traditio instrumentalis steht fest, daß die Tradition durch Übergabe des instrumentum novum (die traditio per cartam des deutschen Rechts) im Rechtsleben, und zwar sowohl im Fahrnis- als im Liegenschaftsverkehre, außerordentlich verbreitet war, ja daß in den Gebieten, wo für den Liegenschaftserwerb gemeines Recht galt, die Übereignung fast ausschließlich in dieser Form vor sich ging.[10]) Von einer praesentia rei ist hiebei keine Rede. Hingegen wurde es für die dingliche Wirkung als wesentlich betrachtet, daß die Urkunde eine ausdrückliche Traditionserklärung enthalte. Es ist leicht verständlich, daß einige Schriftsteller und auch die Praxis diese so veränderte instrumentalis traditio als einen Spezialfall des constitutum possessorium, der Eigentumsübertragung durch Erklärung, betrachteten.[11])

Das Konstitut hat unter dem Einflusse der neuen Perspektive die eigenartigste Umgestaltung erfahren. Die römische, später durch Savigny neu entdeckte Auffassung des Konstituts als Besitzerwerb durch Stellvertreter ist dem Usus modernus völlig abhanden gekommen. Derselbe sieht in dem Konstitut eine Übereignung durch bloße Erklärung des Tradi-

---

[9]) A. a. O., S. 270 ff., 295 ff., besonders 299 f., S. 325.

[10]) A. a. O., S. 302 ff., 273 ff.; Strohal, Sukz., S. 12, A. 25, 201 ff., 206 f.; Heymann a. a. O., S. 189 ff.

[11]) Biermann a. a. O., S. 248, 275, 304 auch 336.

tionswillens und daher die reinste Ausgestaltung des Prinzips, auf welche die ganze Entwicklung hinausläuft. Von diesem Standpunkte aus teilte man das Konstitut ein in ein constitutum expressum, wenn der Traditionswille ausdrücklich erklärt war, und ein constitutum tacitum, wenn dieser Wille erst indirekt erschlossen werden konnte aus der causa, infolge welcher die Sache beim Tradenten zurückblieb. Der römische Grundsatz „traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur" wurde durch diese Entwicklung in sein Gegenteil verkehrt, denn das Konstitut des Usus modernus ist ein pactum und wird auch durchgehends als solches bezeichnet.[12]) Es ist daher auch nur konsequent, wenn gemeinrechtliche Schriftsteller behaupten[13]), das römische Recht sei im Konstitut zur Einfachheit des Naturrechtes zurückgekehrt.[14])

Mit Rücksicht auf diese Möglichkeit der Übereignung durch bloße Erklärung des Traditionswillens enthalten nun offenbar alle übrigen Formen der traditio ficta ein überflüssiges Plus. Wozu das Erfordernis der Einhändigung bestimmter Symbole zur Klarstellung des Traditionswillens, wenn jede Art der Erklärung genügend war? Zu dieser klaren Fragestellung

---

[12]) A. a. O., S. 242 ff., 399 f.

[13]) A. a. O., S. 243.

[14]) Die älteren Naturrechtslehrer von Grotius bis zur Mitte des 18. Jahrh. verlangen zur Eigentumsübertragung den formlosen dinglichen Vertrag, wobei des öfteren der Gedanke auftaucht, daß die verschiedenen Traditionsformen nur den Zweck hätten, den Übereignungswillen klarzustellen; vgl. Grotius, de iure belli ac pacis II, 6, § 1, n. 1, II, 12, § 15, n. 1 und 2; Pufendorf, de iure naturae et gentium IV, 9, § 2, 4—7; Thomasius, Instit. iurispr. div. II, 10, § 156 ff: Gundling, Ius naturae ac gentium, XX, §§ 25 u. 32; Heineccius, Ius naturae, § 275 f.; Wolf, Instit. iuris nat. et gentium, §§ 317, 320, 326, 413 u. 594; Nettelbladt, Systema elementare univ. iurispr. nat., §§ 584, 333, 703 f., 713 f., 724 u. 728. Erst die späteren Naturrechtslehrer werfen dinglichen und obligatorischen Vertrag zusammen; vgl. etwa Feder, Lehrb. d. prakt. Phil., § 18; Höpfner, Naturr., §§ 80 u. 93; Martini, Lehrbegriff d. Natur-, Staats- und Völkerrechts, § 165 u. 232.

ist der Usus modernus nicht gelangt, wenn sich auch Ansätze in dieser Richtung finden.[15]) Hier wie auf anderen Rechtsgebieten hat der Usus modernus im Wege der Interpretation die weitestgehende Umdeutung römischer Grundsätze durchgeführt, ohne sich klar zu machen oder klar machen zu wollen, daß er bereits auf dem Boden eines neuen Prinzips stehe.[16])

Diese ganze Entwicklung zielt zweifellos auf einen Eigentums- und Besitzerwerb durch bloßen dinglichen Vertrag; die römischen Traditionsformen haben keinen anderen Zweck, als den dinglichen Vertrag vom obligatorischen abzuheben, den Übereignungswillen greifbar zu machen. Diese Auffassung tritt auch im Cod. Theresianus deutlich hervor:

> II, 6, nr. 8. Die Übergaben geschehen auf mehrerlei Weis, als entweder durch wesentliche und leibliche Überlieferung, oder durch gleichgiltige Arten, welche mit beiderseitiger Einverständnuß und Absicht auf die Übertragung des Eigenthums gerichtet sind, und eben dahero die nämliche Wirkung, wie die wahre Übergabe haben.
>
> nr. 10. Durch gleichgiltige Arten kann die Übergabe vollzogen werden, wann aus einer That oder sonstigem Kennzeichen der ungezweiflete Willen an Seiten des Einen, daß er die Sache übergeben wolle, und an

---

[15]) Hieher gehört der bereits berührte Gedanke, daß in der Übergabe des instrumentum novum zum mindesten eine stillschweigende Erklärung des Traditionswillens enthalten und daher kein Grund vorhanden sei, dieser Form der instrumentalis traditio die Wirkung der Eigentumsübertragung zu versagen. Stryk begründet ferner die Rechtswirksamkeit der Schlüsselübergabe ohne praesentia rei mit dem Satze: Si enim solum constitutum sufficit, cur non et pactum absente re. (Biermann, Trad., S. 271); Berger, Oec., L. II, T. II, § 19, fügt bei Besprechung des Konstituts bei: quo casu frustra clavium quoque traditio . . . adhibetur.

[16]) Vgl. meine Versio in rem, S. 23 ff., 28, A. 1, 29, 35, 43.

Seiten des Anderen, daß er solche übernehmen wolle, geschlossen werden mag.

Ebenso deutlich spricht der Entwurf Martini:

II, 6, § 3. . . . , so kömmt es doch im Grunde immer auf den beiderseitigen Willen des alten und neuen Eigenthümers an.

§ 4. Dieser Wille wird nämlich bald ausdrücklich durch Worte, bald stillschweigend durch Handlungen geäußert...

Bei dieser Auffassung ist es leicht begreiflich, daß der Entwurf neben der körperlichen Übergabe nur die Übergabe durch Erklärung erwähnt und über die symbolische Tradition hinweggeht.

Das ist der Stand der Traditionslehre zur Zeit der Entstehung des bürgerlichen Gesetzbuches. Nichts liegt jener Zeit ferner, als die Traditionssymbole unter dem Gesichtspunkte der Erlangung einer faktischen Macht über die Sache zu betrachten. Wenn Randa die Savignysche Auffassung der symbolischen Tradition und die Savignysche Besitzlehre in das BGB. hineintragen will mit der Berufung darauf, daß Savignys „Besitz" im Jahre 1803 erschienen sei[17]), so sei festgestellt, daß das Manuskript des „Besitzes" am 3. Mai 1803 vollendet wurde[18]), daß dagegen die Besitzlehre des BGB. durch die Beratungen vom 4. bis 25. April 1803, also noch vor Fertigstellung des Savignyschen Manuskriptes, in allen wesentlichen Punkten festgelegt war. Auch die Vorschläge hinsichtlich der symbolischen Tradition, welche in der Sitzung vom 6. Juni 1803 gemacht wurden, können durch Savigny nicht beeinflußt sein; denn dabei müßte vorausgesetzt werden, daß innerhalb Monatsfrist nicht nur das Buch gedruckt und ausgegeben, sondern auch in die Hände Zeillers gelangt, von diesem studiert und sofort für die

[17]) Besitz, S. 437, 439 u. ö., Eigentum, S. 310.

[18]) Rudorff, Zeitschr. f. Rg., 1, S. 18.

Gesetzgebungsarbeiten verwertet worden wäre. Das ist doch wohl ausgeschlossen.[19])

Es ist ferner mit jener Auffassung der Tradition völlig unvereinbar, das Wesen derselben in der „Besitzergreifung mit Zustimmung des Vormannes" zu erblicken oder anzunehmen, daß der Erwerber das Eigentum „mittels des Besitzes" erwerbe.[20]) Das wesentliche ist der dingliche Übereignungsvertrag, infolgedessen der Erwerber in die Rechtsstellung des Veräußerers und daher auch in dessen Besitz eintritt.[21]) Nur in dem einen Punkte hielt man im allgemeinen an dem römischen Traditionsprinzipe fest, daß der Veräußerer Besitzer sein müsse.[22]) Im übrigen ist die Tradition des Usus modernus in erster Linie Rechtsübertragung, der Übergang des Besitzes ist eine sekundäre Erscheinung. Daraus erklärt sich auch die Zusammenstellung der Tradition mit der Zession, der wir nicht nur im gemeinen

---

[19]) Gegen die Randasche Auffassung der symb. Trad. vgl. insbesondere Strohal, Sukzession i. d. Besitz, S. 199 ff.; Pininski, Tatbest. d. Sachbesitzerwerbes, II, S. 123; Pfersche, Sachenrecht, I, S. 132 ff.; auch Krainz, § 173 und Geller, ZB., 21, S. 1 ff.

Daß Zeiller noch in seinem Kommentar die grundsätzliche Verschiedenheit der Savignyschen Auffassung nicht erkannt hat, ist sicher und wird auch von Randa (Besitz, S. 444, A. 56 c) zugegeben — und doch soll derselbe Zeiller schon 1803 die richtig verstandene Savignysche Theorie seiner Fassung des § 427 zu Grunde gelegt gelegt haben!

[20]) Randa, Eigentum, S. 304.

[21]) Die Auffassung Exners, Trad., S. 166 ff. (vgl. auch Burckhard, System, III, S. 44—46), daß durch die symb. Trad. nur Eigentum, nicht aber Besitz übergehe, ist historisch unhaltbar; vgl. dazu auch Randa, Eigentum, S. 306, A. 2; Besitz, S. 411, A. 14, S. 433, A. 45. Zweifelnd Krainz, § 173, A. 14.

[22]) Aber auch dieser Zusammenhang von Eigentum und Besitz ist stark gelockert. Man begnügt sich häufig mit der civilis possessio auf Seite des Veräußerers, mit einem Besitz, der nur „dem rechtlichen Verstande nach" existiert und der als bestehend angenommen wurde, solange dem Veräußerer die Besitzklagen zustanden; vgl. Berger, Oec. L. 2, T. 2, § 18, n. 3; Kreittmayr, Anm. II, 3, § 7, n. 2; Lauterbach, Coll., 41, 1, § 63; 19, 1, § 10; Müller, add. i

Rechte[23]), sondern auch im älteren österreichischen Rechte[24]) durchwegs begegnen und die auch im § 427 BGB. zum Ausdrucke gelangt.

Bei dieser Sachlage mußte es für Zeiller nahe liegen, jene Zeichen und Symbole, welche lediglich den Zweck hatten, den Übereignungswillen zu verdeutlichen, im Sinne des Publizitätsgedankens zu verwerten und den von Martini und dem preußischen Landrechte hinsichtlich des Pfandrechtes beschrittenen Weg weiter zu gehen, vollständig im Sinne seiner, der Behandlung des Sachenrechts vorausgeschickten maßgebenden Grundsätze: der Besitz durch Zeichen solle ebenso die Kennbarkeit des Rechts vermitteln wie der körperliche

---

zu Struv Synt., E 23, t. 109. Ferner operierte man in solchen Fällen mit der Zession des Rechtes; vgl. Schilter, Pr. J. R., E 30, § 62—64; Mevius Dec., 8, D. 23; Müller add. ε III zu Struv Synt., E 47, t. 65 und den Rechtsfall bei Leyser, Med. Sp. 199, m. 7; in dieser Richtung wirkt insbesonders das Naturrecht, welches die Eigentumsübertragung unter dem allgemeineren Gesichtspunkte der Rechtsübertragung behandelt. Völlig aufgegeben wird das Erfordernis des Besitzes des Veräußerers bei der Tradition von J. H. Boehmer, Introd. 41, 1, n. 42.; vgl. auch Cod. Ther., II, 6 n. 31: Sie (die zu übergebende Sache) muß auch ferners von dem rechtlichen Besitze eines anderen ledig sein und wer aus dem Besitze einer Sache gesetzet ist, kann solche bis zu dessen Habhaftwerdung an niemanden andern durch Übergabe übertragen, wohl aber sein hieran habendes Eigentumsrecht abtreten, dagegen hindert der natürliche Besitz oder die bloße Innehabung eines anderen die Übergabe der Sache nicht, wenn der Eigentümer in deren rechtlichen Besitz befindlich ist.

[23]) Vgl. Biermann a. a. O., 252 f.

[24]) N.-Ö. Landtafel v. 1573, II. B., T. 20: Von cessionen und übergaben, §§ 1—5 (S. Chorinsky, II, S. 239 ff.); Rev. N.-Ö. Landtafel (bei Chorinsky, Exek.-Proz., S. 45 ff.), II. B., T. 28: Von Zessionen und übergaben; O.-Ö. Landtafel, III. T., Tit. 30: Von cessionen und übergaben habenter gerechtigkhait, bes. § 5 (S. Chorinsky, III, S. 281 bis 283); ferner Schwanser, Berichte, S. Ch., II, S. 221, 224, 309, III 362; Thasser, II, S. 85. Vgl. auch steir. Landr. Ref. v. 1574, Art. 52 und Ger.-Odg. v. 1618, Art. 47. Vgl. ferner Cod. Ther., III, 23, nr. 49 u. 54 ff.; Entw. Horten, III, 24, § 14.

Besitz (§ 426) oder die Eintragung in die öffentlichen Bücher (§ 431).

Die „Zeichen" des § 427 sollten daher nach der Auffassung der Redaktoren neben ihrer Funktion der Klarstellung des Übereignungswillens (vgl. § 863) eine neue übernehmen: die Kenntlichmachung der Übereignung gegenüber Dritten.[25]) Mit dem Erwerbe des Besitzes haben die „Zeichen" des § 427 ebensowenig etwas zu tun, wie die „Zeichen" des § 452.[26])

In welchem Sinne ist nun der in diesem Paragraphen zum Ausdrucke gelangte Publizitätsgedanke gemeint? Es wäre zunächst möglich, anzunehmen, und darauf weist die Gleichstellung mit der „Übergabe durch Einverleibung in die öffentlichen Bücher" hin, daß es sich hier um die Aufstellung eines positiven Erfordernisses für den Erwerb dinglicher Rechte an Fahrnis handle.[27]) Dagegen aber sprechen wichtige Bedenken. Die in § 427 angeführten Fälle sind kaum geeignet, die Kenntlichkeit der Übereignung zu vermitteln. Wenn der Eigentümer die Urkunde übergibt, durch welche sein Eigentum dargetan wird, oder die Werkzeuge, die nötig sind, um über die Sache zu verfügen, so könnten diese Mittel der Kennbarmachung der Eigentumsübertragung höchstens insofern dienen, als spätere Erwerber aus dem Mangel jener Werkzeuge oder Urkunden beim Veräußerer möglicherweise entnehmen können, daß der Veräußerer nicht mehr Eigentümer sei. Und selbst die Signierung kann diesen Zweck nicht erreichen, sie kann mit der grundbücherlichen Eintragung nicht auf eine Linie

---

[25]) Auch Krasnopolski, Redl. Verk., S. 39, hebt hervor, daß der Publizitätsgedanke in § 427 a. E. und 452 einen klaren Ausdruck gefunden habe.

[26]) Vgl. dazu Demelius, Pfandr., S. 159; Exner, Trad., S. 171 ff.; Randa, Besitz, S. 433, A. 45 und GZ., 1867, S. 413.

[27]) So bezüglich des § 452 Demelius, Pfandr., S. 160 und die Zitate der vorigen Note.

gestellt werden. Durch die Eintragung in das Grundbuch wird ein durch die weitestgehenden Kautelen sichergestellter dauernder äußerer Tatbestand der Übereignung geschaffen. Dasselbe kann die Signierung nicht leisten. Wie steht es, wenn die Zeichen nachträglich beseitigt wurden? Wenn man annimmt, daß diese nachträgliche Beseitigung an der Wirksamkeit der erfolgten Übereignung nichts mehr ändern könne, dann verfehlt das in § 427 aufgestellte Publizitätserfordernis vollständig seinen Zweck.

Gegen diese Auffassung spricht ferner die Behandlung des Konstituts, der Übergabe durch Erklärung. § 428 verlangt, wie die damalige gemeinrechtliche Doktrin, nichts anderes, als eine deutliche Manifestierung des Übertragungswillens, mag nun dieser ausdrücklich durch Erklärung des Veräußerers oder stillschweigend dadurch geschehen, daß der Veräußerer die Sache auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses in seiner Gewahrsame behält.[28]) Der Ausdruck „erweislich", den man ab und zu im Sinne eines Publizitätserfordernisses hat deuten wollen[29]), hat diese Bedeutung nicht. In diesem Worte kommt nur der Gedanke zum Ausdrucke, daß es der Richter mit dem Beweise des Konstituts im Hinblick auf die Möglichkeit, daß es sich dabei lediglich um Manöver zur Benachteiligung Dritter handelt, nicht zu leicht nehmen solle. Zeiller, der in den Fragen des Publizitätsgedankens gewiß kompetent ist, da er seiner eigensten Initiative entstammt, verlangt lediglich eine „unzweifelhafte Erklärung, bei der man keine Verheimlichung oder böse Absicht, andere in Schaden zu setzen, besorgen kann".[30]) Es ist derselbe durchaus zu-

[28]) Vgl. oben S. 146 f. und ebenso Zeiller, Komm. zu 428, N. 2; vgl. auch Krainz, § 175 und Geller a. a. O.

[29]) Krasnopolski, Redl. Verk., S. 39; Entsch. GlU., 11.304 u. N. F. 1613; auch Pfersche, Sachenr., S. 136.

[30]) So auch Krainz in der Anm. 13 a. E., § 175; gewiß hat das „erweislich" nichts mit der Notwendigkeit einer causa detentionis zu tun,

treffende Gedanke, der uns in § 703 des schweizerischen Entwurfes (II) begegnet ist: „das Konstitut ist Dritten gegenüber unwirksam, wenn deren Benachteiligung beabsichtigt worden ist; der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen."[31])

Schon das bisher Beigebrachte dürfte genügen, um darzutun, daß in § 427 nicht ein positives Erfordernis für den Eigentumserwerb aufgestellt sein kann[32]), sondern daß der Publizitätsgedanke in einem anderen Sinne zu nehmen ist; und das zeigt auch die Entstehungsgeschichte mit voller Klarheit.

§ 427 ist, wie erwähnt, aus dem Pfandrechte herübergenommen und die pfandrechtlichen Bestimmungen enthalten auch Bemerkungen darüber, welche Folgen eintreten, wenn jene Zeichen, welche den Rechtserwerb kennbar machen sollen, nicht zur Anwendung gekommen sind. § 231, II, des Urentwurfes sagt: „Wer von dergleichen Vorschriften keinen Gebrauch macht, auf den fallen die nachteiligen Folgen davon" Entwurf Martini, II, 8, § 1 1: „Wer diese Vorsichten nicht gebraucht, muß die widrigen Folgen selbst tragen." Das preußische Landrecht, aus dem dieser Paragraph entnommen ist, spricht sich über die „widrigen Folgen" genauer aus:

> I, 20, § 275. Sind diese Maßregeln unzureichend, so kann der Pfandgläubiger gegen einen Dritten,

wie Exner, Trad., S. 143 f., Randa, Besitz, S. 562, Demelius, Sacheur., S. 26, u. a. annehmen.

[31]) Es ist gewiß viel vernünftiger, dem Konstitut auf diesem Wege zu Leibe zu gehen als, wie es die Praxis tut, die Erfordernisse des Konstituts immer höher zu schrauben. Das wird treffend ausgeführt von Pfersche, Sacheur., S. 136 f.

[32]) Auch § 429 enthält ein solches nicht. Im übrigen zeigt auch diese Bestimmung, daß die Besitzfrage beim Eigentumserwerb keine Rolle spielt. Daraus erklärt es sich, daß die Redaktoren auf den Gedanken kamen, den Eigentumsübergang unter dem Gesichtspunkte des Gefahrüberganges zu regeln; vgl. Pfersche, Sacheur., I, S. 143; Exner, Trad., S. 147 ff.,

welcher zum Naturalbesitze redlicher Weise gelangt ist, von seinem Pfandrechte keinen Gebrauch machen.

§ 276. Ist, wegen Unzulänglichkeit dieser Maßregeln, ein Dritter verleitet worden, mit dem Verpfänder über die Sache in Verträge sich einzulassen; so bleibt zwar, so lange noch keine Naturalübergabe an diesen Dritten erfolgt ist, das Pfandrecht des Gläubigers in seiner Kraft.

§ 277. Der Pfandgläubiger muß aber einem solchen Kontrahenten, wegen alles demselben daraus entstehenden wirklichen Schadens, in sofern der Verpfänder selbst dazu nicht vermögend ist, gerecht werden.

Es kann demnach keinem Zweifel unterliegen, daß die „widrigen Folgen" in erster Linie darin bestehen, daß das nicht kennbare Recht einem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. An dieser Auffassung hat sich auch in den letzten Stadien der Kodifikation nichts geändert. Der von Zeiller an Stelle des § 231, II, Urentwurf vorgeschlagene Paragraph enthält genau denselben Schlußsatz wie dieser. Nachträglich wurde, ohne daß angegeben wäre, aus welchem Grunde, der Nachsatz umstilisiert: § 452 BGB.: „Wer diese Vorsicht unterläßt, haftet für die nachteiligen Folgen."[33]) Diese Änderung ist vermutlich deshalb erfolgt, weil die frühere Formulierung: „muß die widrigen Folgen selbst tragen", nur den § 275 des preußischen Landrechts, nicht aber den § 276 und 277 deckt, durch welche dem Pfandgläubiger auch eine Haftung gegenüber dem Dritten auferlegt wird, der sich im Vertrauen auf die Pfandfreiheit mit dem

der freilich auch hier unrichtig einen Eigentumsübergang ohne Besitzübergang annimmt; Randa, Eigentum, S. 268 u. 327 ff., sieht darin eine „Ausnahme" vom (Savignyschen) Traditionsprinzipe; vgl. auch Besitz, S. 451 ff.; ferner Krainz, § 206, A. 14 a ff., § 173, A. 14 u. § 175.

[33]) Prot., I, S. 291 u. Anm. 2.

Verpfänder in Verträge eingelassen hat. Daß damit eine Änderung in der Auffassung des Publizitätserfordernisses nicht beabsichtigt war, ergibt sich auch daraus, daß Zeiller in seinem Kommentar (zu § 452, 2) die „nachteiligen Folgen" im engsten Anschlusse an das preußische Landrecht interpretiert: „Wer die geforderte Vorsicht unterläßt, trägt die Folgen seines Verschuldens. Unterläßt sie der Pfandgläubiger in der Auswahl der Verpfändungszeichen, so kann er von seinem nicht gehörig bestellten Pfandrechte wider einen schuldlosen Dritten, dem, obgleich später, ein dingliches Recht eingeräumt worden ist, keinen Gebrauch machen. Unterläßt sie der Dritte durch Unaufmerksamkeit auf die Verpfändungszeichen, so kann sein Verschulden dem Pfandgläubiger nicht zum Abbruche gereichen."[34]) Denselben Gedanken spricht Zeiller in seinen Erläuterungen zu § 427 a. E. aus: „In zweifelhaften Fällen (ob die Zeichen genügen oder nicht) tritt die richterliche Beurteilung vorzüglich in der Hinsicht ein, daß redlich und vorsichtig handelnde Parteien nicht durch die Unredlichkeit und Sorglosigkeit anderer zu Schaden kommen."

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich somit, daß in § 427 ebensowenig wie im § 452 ein positives Publizitätserfordernis für den Erwerb dinglicher Rechte aufgestellt ist. Nach § 427 ist die Kennbarmachung nur notwendig, damit die Eigentumsübertragung gegen jeden Dritten, auch den gutgläubigen Dritten von Wirkung sei. So lange an dem äußeren Tatbestande nichts geändert wurde, darf ein späterer Erwerber annehmen, daß der Veräußerer noch Eigentümer sei. Gegen diese Konsequenz kann sich der erste Erwerber

[34]) Auch der Schlußsatz stammt aus dem Pr. L. R., I, 20, § 279 f. Für die herrschende Auffassung spricht die Ausdrucksweise des Gesetzes gewiß am allerwenigsten. Daß die Worte: „Wer diese Vorsicht unterläßt, haftet für die nachteiligen Folgen" heißen sollen: „es entsteht kein Pfandrecht" (Krainz, I, S. 794) ist sicher nicht einleuchtend.

dadurch schützen, daß er eine solche Veränderung des äußeren Tatbestandes herbeiführt, aus welcher der Dritte die erfolgte Eigentumsübertragung erkennen kann oder muß.

Mit dieser Interpretation des Publizitätserfordernisses erledigen sich die oben angeführten Bedenken, insbesondere auch die, welche sich aus der Behandlung des Konstituts ergeben haben. So lange die Sache in der Gewahrsame des Veräußerers bleibt, darf sich der Dritte an diesen äußeren Tatbestand halten. Ihm gegenüber ist das Recht des ersten Erwerbers nicht durchsetzbar, denn er ist geschützt nach § 367. Die Anwendung des Vertrauensprinzipes des § 367 führt zu demselben Ergebnisse, wie die Durchführung des in § 427 statuierten Publizitätserfordernisses, welches ja, wie wir gesehen haben, ebenfalls auf einen Vertrauensschutz hinausläuft.

Bei dieser Auffassung des § 427 läßt es sich nun auch erklären, daß die Redaktoren die Zession von Forderungen in diese Bestimmung einbezogen haben. Die herrschende Ansicht will zwar unter den Schuldforderungen des § 427 nur Forderungen aus Inhaberpapieren verstehen.[35]) Das ist jedoch ganz willkürlich und, wie die Entstehungsgeschichte zeigt, unrichtig. Das preußische Landrecht, auf welches § 427 zurückgeht, kennt eine symbolische Verpfändung nur bei Forderungen, hinsichtlich welcher ein Schuldschein auf einen „gewissen Inhaber" ausgestellt wurde.[36]) Bei Inhaberpapieren, bei denen nach der Auffassung des Landrechtes die Forderung durch das Papier verkörpert ist, erfolgt die Verpfändung durch körperliche Übergabe (des Papiers):

---

[35]) Vgl. die Zitate bei Krainz, II/1, § 329, A. 9 (dagegen aber Anm. 11) und Hasenöhrl, II, § 73, A. 62. Auch Krasnopolski, Mitt. d. d. Juristenvereines in Prag, 1878, S. 44, hält die herrschende Lehre vom geschichtlichen Standpunkte für bedenklich. Gegen dieselbe auch Demelius, Pfandr., S. 264. A. 61.

[36]) I, 20, § 281 ff. Bei Forderungen, über welche keine Schuldurkunde ausgefertigt wurde, ist die Denunziation erforderlich.

I, 20, § 286. Banknoten, Pfandbriefe und andere auf den Inhaber lautende Instrumente können . . . durch körperliche Übergabe gültig verpfändet werden.

Diese Auffassung liegt auch dem BGB. zu Grunde. Die Forderungen aus Inhaberpapieren gehören nicht zu den Sachen, welche keine körperliche Übergabe zulassen; sie werden durch Übergabe des Papiers „von Hand zu Hand" übertragen (vgl. § 1393).[37]) Daher weist auch Zeiller bei § 427 mit keinem Worte auf die Inhaberpapiere hin und lehrt zu § 1393, N. 4, daß die symbolische Tradition nur bei gewöhnlichen Schuldforderungen in Betracht komme. § 427 bezieht sich daher gerade auf Forderungen aus Inhaberpapieren nicht, sondern nur auf gewöhnliche Forderungen.

In neuester Zeit hat auch der Oberste Gerichtshof in einer Plenissimarentscheidung (Jud. B. Nr. 142)[38]) sich der Ansicht angeschlossen, daß § 427 auf Forderungen Anwendung finde, und ausgeführt, es gehe „vom Standpunkte unseres bürgerlichen Gesetzbuches nicht an, die Übergabe der Schuldforderung als etwas begrifflich unmögliches zu erklären, da § 427 ausdrücklich der Übergabe von Schuldforderungen gedenkt und unter Konstatierung des Umstandes, daß dieselben zu jenen beweglichen Sachen gehören, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Übergabe zulassen, bezüglich ihrer eine Übergabe durch Zeichen für gestattet erklärt. Eine derartige ausdrückliche Norm, mit welcher der Gesetzgeber doch sicherlich einen bestimmten Gedanken zum

---

[37]) Der U. E., III, § 548 und der E. Martini, III, 16, § 22, drücken diesen Gedanken in der Form aus, daß Schuldscheine, welche auf den Überbringer lauten, gar keiner Zession bedürfen. Die körperliche Übergabe des Papiers ersetzt dieselbe; vgl. auch Prot. II, S. 236 f. und dazu Randa, Eigentum, S. 310 f.

[38]) GlU., II, 650. Ebenso die Entscheidungen GlU., 11.181, 7862 7398, 4534, 4410.

Ausdrucke bringen wollte, kann nicht aus theoretischen Gründen einfach ignoriert werden."

Die genauere Durchführung des hier zu Tage tretenden Gedankens wird uns noch später beschäftigen. An dieser Stelle ist lediglich zu betonen, daß die Hereinziehung der Zession von Forderungen in vollem Einklange steht mit dem Traditionsprinzip des BGB. Ebenso wie bei der Eigentumsübertragung der dingliche Vertrag vom obligatorischen, so ist bei der Forderungsübertragung der Zessionsakt vom Zessionsgrunde zu unterscheiden. Wie das Gesetz bei der Eigentumsübertragung darauf Gewicht legt, daß der Übereignungswille gegenüber dem Veräußerungsgeschäfte sich abhebe, sei es durch die Übergabe der Sache (§ 426) oder Übergabe von Zeichen (§ 427) oder durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Übereignungswillens (§ 428), so hält das Gesetz auch bei der Zession an diesem Gedanken insofern fest, als es die Klarstellung des Abtretungswillens verlangt. Bei Forderungen, über welche eine Schuldurkunde ausgestellt wurde, ist es völlig berechtigt, den Abtretungswillen im Zweifel an die Übergabe der Schuldurkunde zu knüpfen. Damit ist aber nicht gesagt, daß die Übergabe der Urkunde ein unerläßliches Erfordernis für die Zession derartiger Forderungen sei. Der Abtretungswille kann auch ohne Übergabe der Schuldurkunde feststehen, geradeso wie bei der Eigentumsübertragung die Erklärung des Übereignungswillens genügt.[39]) Es besteht daher auch kein Widerspruch mit den Bestimmungen über die Zession, laut welcher die Abtretung durch Konsens der Parteien vor sich geht.

Die Übergabe der Schuldurkunde hat aber, wie wir sehen werden, auch für die Kenntlichmachung der Abtretung dieselbe

[39]) Eine andere Frage ist die, was unter „wirklicher Übergabe" im Sinne des Ges. v. 25. Juli 1871, RGBl. Nr. 76, zu verstehen sei; vgl. dazu nunmehr die oben angeführte Jud. B. Entscheidung.

Bedeutung wie die körperliche Übergabe und die Zeichen bei der Eigentumsübertragung. Sie hat den Zweck, die Zession kennbar zu machen gegenüber einem späteren Erwerber der Forderung, auch hier mit der Sanktion, daß die unkennbare Zession dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. Und ganz dieselben Grundsätze gelten auch nach § 452 für die Verpfändung von Forderungen, bezüglich welcher Schuldurkunden bestehen.

§ 427 enthält demnach, wenn man den Intentionen der Redaktoren folgt, einen durchaus einheitlichen und gesunden Gedanken. Von dieser Billigung des „nach Form und Inhalt mißlungenen"[40]) § 427 kann mich auch die Behauptung Randas nicht abhalten, daß durch die Hereinziehung der Zession „der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten preisgegeben und bedenklicher Verwirrung Tür und Tor geöffnet würde".[41]) Das Sachen- und Obligationenrecht verbindet mehr als ein gemeinsamer Gedanke und doch hat deren Herausstellung und Zusammenfassung in dem „allgemeinen Teile" der Rechtslehre jene Verwirrung nicht zur Folge gehabt. Jedenfalls ist die hier vertretene Auffassung nicht genötigt, der Entstehungsgeschichte und Gesetzestexte zuwider, nicht nur die Zession von Forderungen auszuschließen, sondern außerdem noch zu behaupten, daß die Übereignung durch Urkundenübergabe auf einem ganz anderen Gedanken beruhe als die übrigen Fälle des § 427.[42])

Einer Erörterung bedarf nun noch die Bestimmung des § 430. In Bezug auf die Doppelveräußerung ist gegenüber der früheren Auffassung in den letzten Stadien der Kodifikation eine Änderung eingetreten, die mit dem Publizitätsgedanken des § 427 in unmittelbarem Zusammenhange steht. Der Ent-

---

[40]) Randa a. a. O., S. 306.

[41]) A. a. O., S. 311.

[42]) Randa, Besitz, S. 442; Eigentum, S. 268. 313 f.

wurf Martini schließt sich auch in dieser Frage im wesentlichen dem preußischen Landrechte an:

> § 9, II, 6. Hat der Eigentümer die nämliche bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, und zwar der ersten ohne Übergabe, der zweiten aber mit Übergabe veräußert, so gebührt dem wirklichen Inhaber allemal der Vorzug. Hätte aber keiner von beiden die wirkliche Übergabe erlangt, dann soll der erste Erwerber sein Vorrecht behaupten.[43])

Darin ist auch der Vorzug der traditio vera vor der traditio ficta enthalten, und zwar ohne Rücksicht auf den guten Glauben des zweiten Erwerbers, der die wirkliche Übergabe erlangt hatte.

Bei der Beratung der dem § 9 entsprechenden Bestimmung des Urentwurfes (II, § 166) wurde hervorgehoben[44]), daß diese Bestimmung auch die Frage erledigen solle, was Rechtens sei, wenn die Sache dem einen symbolisch, dem anderen körperlich übergeben wurde. Es sei zu bestimmen, daß dem ersten Erwerber der Vorzug gebühre. In diesem Sinne wurde auch statt „so bleibt sie dem wirklichen Inhaber" gesetzt „so gebührt sie derjenigen (Person), welcher sie zuerst übergeben worden ist". Das ist mit Rücksicht auf das in § 427 neu aufgenommene Publizitätserfordernis auch nur konsequent. Denn dadurch war die Gleichstellung der traditio ficta mit der traditio vera im entscheidenden Punkte erreicht. Mit Rücksicht auf die Bedeutung dieses Publizitätserfordernisses müssen wir aber hinzufügen: nur dann, wenn dem zweiten Erwerber die bereits erfolgte Eigentumsübertragung kennbar war. Ist das nicht der Fall, so „gebührt" sie dem zweiten Erwerber. Denn nur, wenn der erste Erwerber der im § 427 geforderten Kennbarkeit der Übereignung genügt hat, ist sein Eigentum

[43]) Vgl. dazu III, 5, § 27; ferner Urentw., II, § 166, III, § 169.
[44]) Prot., I, 280.

auch dem späteren Erwerber gegenüber wirksam. Dieselbe Lösung ergibt sich auch im Falle des Konstituts durch Heranziehung des § 367.

Der in § 427 zum Ausdruck gelangte verhältnismäßig junge Gedanke leidet nun freilich an jener Unvollkommenheit, die wir so oft treffen, wenn ein historisch überkommenes Rechtsinstitut neuen Zwecken dienstbar gemacht wird. Der Gedanke ist nicht nach allen Richtungen hin durchdacht, die Schlacken der früheren Zweckbestimmung sind noch nicht völlig verschwunden.

Daraus erklärt sich zunächst, daß sich § 427 in seinen Eingangsworten als Ausnahmsbestimmung gibt, obwohl er eine solche nicht ist und schon deshalb nicht sein kann, weil er ebenso wie § 426 dem Konstitut gegenüber ein Plus enthält.[45]) Ferner ist der Sinn des Publizitätserfordernisses nicht genügend scharf zum Ausdrucke gebracht. Die Formel: die Übereignung muß nach außen kennbar gemacht werden, widrigens sie dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam ist, enthält nach unserer Auffassung einen Widerspruch. Entweder ein Publizitätserfordernis, dessen Nichterfüllung den Eigentumserwerb hindert, oder ein Vertrauensprinzip, das für den Rechtserwerb nicht die Statuierung eines Publizitätsaktes bedingt, so scheint uns die Sache zu liegen. Den Redaktoren fließen diese beiden Modalitäten in eins zusammen. Wir treffen hier wieder auf jene Unsicherheit, der wir schon mehrfach begegnet sind. Die Redaktoren sind sich auch auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechtes darüber nicht völlig klar geworden. Die historische Entwicklung bot ihnen Anhaltspunkte für beide Richtungen und sie vereinigten dieselben, ohne die prinzipielle Verschiedenheit beider Entwicklungsreihen zu erkennen. Wie Steinlechner[46]) in jüngster Zeit dar-

[45]) Das tritt sehr deutlich hervor bei Zeiller, N. 2 zu § 428; vgl. dazu auch oben S. 147 f.

[46]) A. a. O.

getan hat, lassen sich trotz des scharf akzentuierten Eintragungsprinzipes aus dem Gesetze selbst gewichtige Gründe dafür beibringen, daß bei der Übereignung von Liegenschaften das Eintragungsprinzip nur im Sinne eines Vertrauensprinzipes gemeint ist. Auf dem Boden des Fahrnisrechtes kann mit voller Sicherheit nachgewiesen werden, daß das scheinbar statuierte Publizitätserfordernis lediglich in dem Sinne zu nehmen ist, daß das dingliche Recht, um gegenüber jedem, auch dem gutgläubigen Dritten, wirksam zu sein, der Kennbarkeit bedürfe.

Daraus, daß der Gedanke des § 427 und 452 nicht zu Ende gedacht ist, erklärt sich ferner, daß unter den Erwerbungsarten des Pfandrechts das Konstitut nicht erwähnt ist.[47]) Zeiller, der, wie wir gesehen haben, mit der Nichtanbringung der „Zeichen" nur die Folge verbindet, daß das Pfandrecht dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam sei, sagt einige Zeilen später, daß das Konstitut „für ein zweckmäßiges Mittel zur Bekanntmachung, folglich für eine Erwerbungsart des Pfandrechtes nicht gehalten werden könne"[48])! Das ist völlig inkonsequent; denn aus dem auch von Zeiller akzeptierten

[47]) Das Gesetz erwähnt übrigens auch die brevi manu traditio nicht. Trotzdem ist seit jeher mit Recht angenommen worden, daß sie zur Pfandrechtsbegründung genüge: so schon Zeiller, Komm. zu § 452, Nr. 3, der zutreffend hervorhebt, daß hier dem Publizitätserfordernisse genügt sei. Merkwürdigerweise meint Demelius, Pfandr., S. 160, daß die Zulassung der brevi manu traditio mit dem Publizitätsgedanken im Widerspruche stehe. Er befindet sich dabei in dem Irrtume, daß es sich um die Publizität des Verpfändungsaktes handle. Der Übertragungsakt als solcher kann bei Mobilien keine Publizität haben; das haben schon die Redaktoren des BGB. erkannt; vgl. § 427 i. f. „überlassen worden sei".

[48]) Krainz, § 273, S. 795 meint, das Konstitut sei unzulässig, weil damit der Grundsatz des Faustpfandes aufgegeben wäre; dieser Grundsatz ist aber schon durch § 452 aufgegeben; vgl. oben S. 152, A. 26; vgl. ferner Demelius, Pfandr., S. 161 und die bei Krainz a. a. O., A. 8, angeführten.

Standpunkte kann daraus nur folgen, daß das Pfandrecht dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist. Die Korrektur ergibt sich jedoch aus dem Gesetze selbst, und zwar aus § 467.[49]) Nach § 467 erlischt das Pfandrecht nicht, wenn der Pfandgläubiger die Sache mit Vorbehalt seines Pfandrechtes zurückstellt.[50]) Wenn die Rückstellung des Pfandes das Pfandrecht nicht zur Erlöschung bringt, dann ist auch nicht einzusehen, warum das Pfandrecht ohne Übergabe in die Gewahrsame des Gläubigers nicht entstehen könnte. Eine Augenblicksübergabe und eine Rückstellung mit Vorbehalt würden zu dem gleichen Resultate führen. Das vorbehaltene Pfandrecht des § 467 leidet natürlich an demselben Mangel der Kennbarkeit, wie das durch Konstitut erworbene; es ist dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam. Das stimmt auch mit der Entstehungsgeschichte des § 467 überein, denn das preußische Landrecht (I, 20, § 254), an welches sich § 467 anlehnt[51]), bestimmt ausdrücklich, daß der Vorbehalt dem (gutgläubigen[52]) Dritten gegenüber unwirksam sei.[53]) Ganz richtig lehrt daher auch Zeiller[54]) mit Berufung auf das Vertrauensprinzip (§ 456), daß dieser Vorbehalt einem gutgläubigen Dritten gegenüber wirkungslos sei.[55])

---

[49]) So schon Nippel, Erläuterungen, III, S. 463.

[50]) Vgl. dazu insbesondere Steinlechner in Grünhuts Zeitschr., 26 S. 145, A. 23, gegen Canstein a. a. O., 6, S. 152 ff.

[51]) Vgl. Demelius a. a. O.

[52]) Diese Einschränkung ergibt sich aus dem ius ad rem. Das übersieht Demelius a. a. O.

[53]) Der Vorwurf von Demelius, Pfandr., S. 161, A. 18, daß der richtige Gedanke des preußischen Landrechtes im BGB. verloren gegangen sei, ist daher nicht begründet.

[54]) N. 2 zu § 467.

[55]) Auffallend unklar in dieser Frage ist Krainz, § 273, S. 795. Er meint, auch im Falle der Rückstellung mit Vorbehalt komme § 452

§ 427 und 452 enthalten demnach lediglich eine eigenartige Anwendungsform des Vertrauensprinzipes und stehen mit den noch zu besprechenden §§ 367 und 456 im engsten Zusammenhange. Hinsichtlich des Rechtserwerbes genügt bei Fahrnis nach §§ 426—428, 451, 452, 481 der dingliche Vertrag.

Mit dieser Form des Publizitätsgedankens stimmt auch die Behandlung des richterlichen Fahrnispfandrechtes im österreichischen Rechte überein. Ein positives Publizitätserfordernis für den Erwerb des richterlichen Pfandrechtes bestand weder nach der AGO. (§ 342), noch besteht ein solches nach der EO. (§ 253). Das Pfandrecht entsteht durch Verzeichnung und Beschreibung im Pfändungsprotokolle. Jedoch bestimmt § 259 EO., daß, wenn ein Antrag auf Verwahrung der Pfandstücke nicht gestellt wurde, die geschehene Pfändung in einer für jedermann erkennbaren Weise ersichtlich zu machen sei. Der Zweck dieser Kenntlichmachung ist derselbe, wie in den §§ 427 und 452 BGB., das Pfandrecht auch dem gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam zu machen. Ohne diese Kennbarkeit ist auch das richterliche Pfandrecht dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam.[56])

Endlich, wie nicht kennbare Rechte dem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht in Betracht kommen, so sind auch

---

a. E. zur Anwendung, den er kurz vorher dahin interpretiert hat, daß ohne Kennbarkeit kein Pfandrecht entstehe. Hier aber zieht er aus demselben Schlußsatz nur die Konsequenz, daß der jüngere Gläubiger dem älteren vorgehe und zitiert dazu noch die §§ 367, 456, woraus sich ergibt, daß auch dies nur dann der Fall ist, wenn der jüngere Gläubiger gutgläubig ist; so auch § 291, A. 4. Auf dem Umwege mehrerer Widersprüche kommt demnach Krainz zu der hier vertretenen Ansicht. Theoretisch haltbar ist diese Auffassung nur dann, wenn man das in § 452 aufgestellte Publizitätserfordernis im Sinne des Vertrauensprinzipes faßt.

[56]) Vgl. dagegen Demelius, Pfandr., S. 36 ff. und 162; ferner Krasnopolski, Redl. Verk., S. 39 und 43, der auf einem anderen Wege zu demselben Ergebnisse gelangt.

nicht kenntliche Beschränkungen im Rechte des Vormannes dem gutgläubigen Erwerber gegenüber wirkungslos. § 468 ist daher lediglich ein Ausfluß des in § 427 und 452 enthaltenen Publizitätsgedankens.[57])

[57]) Daraus erklären sich auch die Abweichungen des § 468 gegenüber dem § 367 und 456, die Krasnopolski, Redl. Verk., S. 30 f. mit Recht hervorhebt. § 468 beruht auf dem Publizitätsgedanken der §§ 427 u. 452 und hat mit § 367 unmittelbar nichts zu tun. Dasselbe gilt von § 527; vgl. dagegen Krasnopolski, Redl. Verk., S. 28, der § 527 nur auf unbewegliche Sachen bezieht; anderseits Randa, Eigentum, S. 341.

B. Der Schutz des gutgläubigen Erwerbes und die deutsche Fahrnisklage.

Die deutsche Fahrnisklage[1]), welche im Codex Theresianus die Grundlage für die Gestaltung des Publizitätsgedankens bildete, wird im weiteren Verlaufe der Kodifikation durch die im romanistischen System gelegene Logik immer mehr in den Hintergrund gedrängt. Im Entwurfe Horten zwar finden wir die deutsche Fahrnisklage und ihre Beziehung zum Eigentumserwerb „aus Macht Rechtens" noch unverändert aufrecht; gegenüber dem unfreiwilligen Besitzverluste (im Sinne des römischen Furtivitätsbegriffes, daher auch bei anvertrautem Gute) trifft den Beklagten die Pflicht zur Angabe des Besitztitels (Stellung des Gewähren). Der Nachweis des objektiv unverdächtigen Erwerbes befreit den Erwerber von der Herausgabepflicht, er hat kraft Rechtens Eigentum erworben.[2])

Im Entwurfe Martini tritt nun eine wichtige Änderung in dem Schutze des Erwerbers ein. Es ist jedoch nicht zutreffend, wenn behauptet wird, daß diese Änderung darin bestehe, daß der grundsätzliche Schutz des redlichen Erwerbes aufgegeben sei und die darauf Bezug habenden Bestimmungen nur den Charakter von Ausnahmen hätten, die eines einheitlichen Prinzipes entbehren.[3]) Der Entwurf Martini

---

[1]) Ich gebrauche hier und im folgenden der Einfachheit halber den Ausdruck „deutsche Fahrnisklage". Bezüglich des Sinnes dieses Ausdruckes verweise ich auf meine Ausführungen oben S. 134 ff.

[2]) E. H., II, 21, §§ 46 ff. u. 17, II, 6, § 5 ff.

[3]) So die herrschende Lehre und insbesondere Randa, Eigentum, S. 340; Krasnopolski, Redl. Verk., S. 19 f.

bringt vielmehr unter dem Einflusse des preußischen Landrechtes lediglich eine Einschränkung des früheren Prinzips. Während der Cod. Theresianus vom Grundsatze des Schutzes des objektiv unverdächtigen Erwerbes ausgeht, kommt im Entwurfe Martini ein neuer Gedanke zur Geltung, nämlich der, daß der Schutz des Dritten nur dort gerechtfertigt sei, wo dem Eigentümer seinerseits eine Sorglosigkeit zur Last fällt.[4]) Daraus ergab sich die Einschränkung des Schutzes auf anvertrautes Gut. Damit trat aber zugleich die Notwendigkeit ein, die Fälle der Versteigerung und des Marktkaufes (Kauf vom befugten Handelsmann)[5]), welche im Cod. Theresianus nur Anwendungsfälle des Prinzipes waren[6]), besonders herauszuheben, da sie mit dem neuen Prinzipe nicht mehr in Einklang waren. So entstand jene Gliederung in drei Fälle, welche wir im Entwurfe Martini finden:

> § 20, II, 3. Auch kann eine Eigentumsklage gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht stattfinden, wenn dieser dartut, die Sache entweder a) bei einer öffentlichen Versteigerung oder b) von einem zu diesem Verkehre befugten Handelsmanne oder c) sonst von jemandem an sich gebracht zu haben, dem der Kläger selbst die Sache zum Gebrauche oder zur Verwahrung oder auch in einer anderen Absicht anvertraut hatte.

Für die Voranstellung des Erwerbes in öffentlicher Versteigerung und des Erwerbes vom befugten Handelsmanne[7])

[4]) Vgl. dazu Randa a. a. O., S. 342.

[5]) Der Marktkauf gerät, wie im preußischen Landrechte, I, 15, § 42 f. unter den Gesichtspunkt des Erwerbes unter staatlicher Autorität; vgl. meine Abh. in Grünhuts Zeitschr., 31, S. 692.

[6]) Vgl. oben S. 140, A. 2.

[7]) Historisch liegt die Gemeinsamkeit beider Fälle nicht dort, wo sie Krasnopolski (Redl. Verk., S. 23) im Anschlusse an Franken sucht; vgl. oben A. 5.

dürfte, abgesehen von technischen Gründen[8]), der Umstand maßgebend gewesen sein, daß in diesen Fällen ein stärkerer Schutz als im Falle c) eingreift.[9]) Daß dieser letzte Fall das Prinzip enthält, ist durch die Eingangsworte „oder sonst von jemandem" angedeutet.

Es ist demnach kein Grund zur Annahme vorhanden, daß der Entwurf Martini einen grundsätzlichen Schutz des guten Glaubens nicht mehr kenne. Zuzugeben ist nur das eine, daß es kein besonders glücklicher Gedanke war, die drei Fälle durch ihre Aneinanderreihung äußerlich auf eine Linie zu stellen.

Ebenso steht die Sache hinsichtlich des aus dem § 20, II, 3, Entwurf Martini hervorgegangenen § 367 BGB. Der dritte Fall enthält das Prinzip, welches durch den in den §§ 427 und 452 enthaltenen Publizitätsgedanken weiter ausgebaut ist; der erste und zweite Fall enthalten Ausnahmen von der Ausnahme: ausnahmsweisen Schutz im Falle unfreiwillig abhanden gekommener Fahrnis. Die Ausnahme von der Ausnahme führt natürlich zum Resultate der Regel, steht ihr aber systematisch nicht gleich.[10]) Die richtige Formulierung enthält das HGB. und alle neueren Gesetzeswerke.

Noch in einer anderen Beziehung ist seit dem Entwurfe Martini eine Änderung gegenüber den früheren Entwürfen eingetreten. Während der Cod. Theresianus dem Beklagten den Beweis des objektiv unverdächtigen Erwerbes auferlegt,

---

[8]) Der Fall c wird in den folgenden §§ weiter behandelt.

[9]) Vgl. § 22 l. c.

[10]) Selbstverständlich ist daher, daß die drei Fälle des § 367 nicht auf einem einheitlichen Grundgedanken beruhen. Eine solche Einheitlichkeit der drei Fälle des § 367 wird auch von Krasnopolski, Redl. Verk., S. 44 nicht behauptet, wie Randa, Eigentum, S. 340 A, 14 d irrig annimmt; vgl. Krasnopolski a. a. O., S. 23.

Ebenso liegt eine Ausnahme von der Ausnahme im Falle des § 371 vor, der übrigens von den Redaktoren kaum so gemeint war, wie er heute aufgefaßt wird; vgl. unten S. 176.

operiert Martini mit der naturrechtlichen Vermutung der Redlichkeit (II, 3, § 16) und stellt es nur dem Kläger frei, den Gegenbeweis gegen diese Vermutung zu führen:

> § 21, II, 3. Wird es im dritten Falle[11]) bewiesen, daß dem Besitzer die Natur der an sich gebrachten Sache, oder der auffallend zu geringe Preis derselben oder auch die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes einen gegründeten Verdacht wider die Redlichkeit seines überkommenen Besitzes hätte erwecken sollen, so hört er selbst auf, ein redlicher Besitzer zu sein und muß sodann in diesen Fällen dem Eigentümer weichen.

Hier treffen wir dieselben objektiven Typen des verdächtigen Erwerbes, die schon der Cod. Theresianus den Typen des unverdächtigen Erwerbes gegenüberstellt.[12]) Ihre Anfügung an den dritten Fall des § 20 ist insofern merkwürdig, als diese Typen des verdächtigen Erwerbes sich historisch gerade im Hinblick auf den Erwerb gestohlener Sachen entwickelt hatten, also in Beziehung auf jene Fälle, in denen ein Schutz nach § 20, c) überhaupt nicht eintritt.

Anderseits ergibt sich jedoch aus diesem Zusammenhange mit dem Cod. Theresianus zur Evidenz, daß es sich im Entwurfe Martini nicht um einen völligen Bruch mit der Vergangenheit handelt, sondern daß der dritte Fall des § 20 das aus dem Cod. Theresianus übernommene, nur eingeschränkte Prinzip enthält.

Es fragt sich nun, in welchem Verhältnisse dieser Schutz des gutgläubigen Erwerbes zu den Fahrnisklagen steht, aus denen er historisch herausgewachsen ist. In dieser Beziehung ist zunächst zu konstatieren, daß die deutsche Fahrnisklage dem Einflusse des römischen Klagensystems erlegen ist. Eine Klage, welche nicht auf subjektives Recht gegründet ist, hat

---

[11]) Vgl. den vorangehenden § 20 oben S. 168.

[12]) Vgl. meine Abhandlung in Grünh. Zeitschr., 31, S. 636 f.

keinen Platz in einem System, das die Klagen nach den dazu gehörigen Rechten schematisiert.[13]) Nur Bruchstücke der alten Klage finden wir an den verschiedensten Stellen des Systems verstreut. Die Pflicht zur Angabe des Besitztitels gegenüber dem unfreiwilligen Besitzverluste ist seit dem Entwurfe Martini nicht mehr anerkannt (§ 16, II, 2, § 323 BGB.). Hinsichtlich der Frage, inwiefern der Besitzer einer Sache, „die entwendet zu sein scheint", zur Angabe des Besitztitels verpflichtet sei, wird auf das Strafrecht verwiesen (Entwurf Martini, § 18, II, 2, § 325 BGB.) und das ist sehr charakteristisch. Denn wenn auch im Strafverfahren die Pflicht zur Angabe des Besitztitels keine privatrechtliche mehr ist, so treten doch bei der strafrechtlichen Verfolgung gestohlenen Gutes die Grundgedanken der deutschen Fahrnisklage, wie sie der Usus modernus fortgebildet hatte, bis in die neueste Zeit hinein deutlich hervor.[14]) Es handelt sich hier um eine Form

---

[13]) Vgl. die Ausführungen in der vorgenannten Abh., S. 672 f.

[14]) Vgl. oben S. 136 ff., ferner Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen v. 1803, § 516: Ehe das Kriminalgericht jemandem dasjenige zurückstellet, was er als ein ihm durch das Verbrechen entzogenes Gut anspricht, muß bewiesen seyn, daß er wirklich der Eigentümer oder sonst Inhaber davon gewesen sey. Dieser Beweis wird bey vorhandenem Geständnisse des Verbrechers durch die beschworene Bestätigung des Eigentümers oder Inhabers vollständig gemacht. Auch bei mangelndem Geständnisse des Verbrechers ist zu einem solchen Beweise genug, wenn a) durch die Untersuchung dargetan ist, daß das Verbrechen an demjenigen, der sich als Eigentümer oder Inhaber meldet, verübet worden; b) dieser die Sache kennbar mit solchen Merkmahlen beschreibt, die nur dem Eigenthümer oder Inhaber bekannt sein können; und c) seine Angebung mit dem Eide bestätiget.

StPO. v. 1853, § 353: Ehe aber jemanden dasjenige zurückgestellt wird, was er als eine ihm durch die strafbare Handlung entzogene Sache anspricht, muß rechtlich bewiesen sein, daß ihm die Sache gehöre oder aus seiner Inhabung weggekommen sei. Dieser Beweis wird bei vorhandenem Geständnis des Schuldigen auch durch die hiemit übereinstimmende beschworene Aussage desjenigen hergestellt, dem die Sache entzogen wurde.

der Fahrnisverfolgung, die in ununterbrochener Reihe reichsgesetzlicher Bestimmungen auf die Karolina und die deutsche Fahrnisklage zurückgeht.

Anderen Elementen der deutschen Fahrnisklage begegnen wir in der Lehre von der Publiciana, der Klage aus dem „vermuteten Eigentum", so insbesondere die Gewährenstellung und ihre Bedeutung für den Nachweis des redlichen Erwerbes (Entwurf Martini, § 26, II, 3, § 373 BGB.). Was aber besonders interessant ist, auch die oben besprochenen Normen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes stehen noch im Entwurfe Martini unter den Bestimmungen über die Publiciana. Dort haben wir ja auch jene Typen des objektiv verdächtigen Erwerbes gefunden, die der deutschrechtlichen Fahrnisklage des Usus modernus eigentümlich sind und die in völlig unorganischer Weise an den dritten Fall des § 20, II, 3, angehängt wurden. Das sind die letzten Spuren des uralten Zusammenhanges von Publizitätsgedanken und deutscher Fahrnisklage. Die Klage selbst ist im Entwurfe Martini verschwunden.

Nicht ganz so liegt die Sache für das BGB. selbst. Hier bestehen gewisse Anhaltspunkte, welche den Versuch recht-

---

Bei mangelndem Geständnisse des Schuldigen aber genügt es, daß auf andere Art rechtlich bewiesen sei, daß die strafbare Handlung wirklich an demjenigen verübt worden ist, der die Sache in Anspruch nimmt und daß er in seiner zu beschwörenden Aussage die Sache kennbar und mit solchen Merkmalen bezeichne, welche nur ihm bekannt sein können.

Hier vertritt gegenüber dem Entwender oder wissentlichen Erwerber durchweg der deutschrechtliche Identitätsnachweis den römischen Eigentumsbeweis, wie bei der Entwendungsklage und Spolienklage des Usus modernus und des Codex Theresianus (II, 24, n. 146 ff.). Auch § 367 der geltenden Strafprozeßordnung verlangt lediglich, daß das Gericht „sich überzeugt, daß (die Sache) dem Privatbeteiligten gehöre", wenn die Sache im Besitze des Angeklagten eines Mitschuldigen oder Teilnehmers der strafbaren Handlung gefunden wurde. Vgl. dazu § 185 u. 477 StG. Daß die Praxis in diesen Fällen keinen Eigentumsbeweis verlangt, ist gewiß.

fertigen, einem Zweige der deutschen Fahrnisklage für das geltende Recht Anerkennung zu verschaffen. Der Zusammenhang zwischen dem dritten Falle des § 20, II, 3, Entwurf Martini, und dem § 21 wurde nämlich im weiteren Verlaufe der Kodifikationsarbeiten gelöst und die Protokolle gewähren sogar eine ausreichende Stütze dafür, daß man den dem § 21 entsprechenden § 368 BGB. im Sinne eines selbständigen Klagrechtes verstand. In dieser Beziehung ist folgendes von Bedeutung.

Auch im Urentwurfe finden wir die Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Erwerbes noch in der Lehre von der Klage aus besserem Rechte (II, § 92). Der folgende § 93 enthält aber eine Bezugnahme auf den dritten Fall des § 92 nicht mehr. Es heißt hier nicht wie im Entwurfe Martini „wird es im dritten Falle bewiesen", sondern „wird es bewiesen". Welchen Grund die Weglassung der Beziehung zu § 92 hatte, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die Annahme gestattet, daß damit beabsichtigt war, dem § 93 eine selbständige Bedeutung zu geben. Daraus würde aber folgen, daß der Nachweis der mala fides des Beklagten zur Begründung der Klage aus dem besseren Rechte genüge, daß ein weiterer Beweis auf Seite des Klägers nicht erforderlich sei. Diese Auffassung wird bestärkt durch den Inhalt der Beratungsprotokolle.[15]) Das oberösterreichische Appellationsgericht erinnerte zu § 93, II, des Urentwurfes: „Es scheine der Ausdruck am Ende des Paragraphes nicht richtig abgefaßt, denn dem wahren Eigentümer (der nämlich sein Eigentum bewiesen hat) müsse jeder, auch der redliche Besitzer weichen. Nun sollte aber der Paragraph andeuten, daß dem Eigentümer auch ohne Beweis der Besitz geräumt werden müsse. Daher sollte man am Ende sagen: und der Besitz wird an den klagenden Eigentümer

[15]) I, 252.

übertragen." Zeiller stimmte dieser Auffassung vollkommen zu. Auch er „war der Meinung, daß, wenn die Aussage dieses Paragraphen zu der in der Erinnerung angezeigten Irrung Anlaß gäbe, dieselbe berichtigt werden müßte; doch glaubte er, der Bemerkung schon dadurch genug zu leisten, wenn man am Ende das Beiwort ‚daher' weglasse, im übrigen aber den Text beibehielte". Diesem Vorschlage Zeillers wurde auch entsprochen. Hierin tritt die Auffassung zu Tage, daß es sich im § 93, II, Urentwurf um ein selbständiges Klagerecht handle. Der Gedanke, daß die Verdächtigkeit des Erwerbes auch als Gegenbeweis gegen die Behauptung des redlichen Erwerbes (§ 92, II, Urentwurf) in Betracht komme, ist freilich nicht ganz aufgegeben worden.[16]) Diesem Umstande ist es zuzuschreiben, daß mit der Bestimmung des § 92 (§ 367 BGB.) auch § 93 (§ 368 BGB.) aus der Lehre von der Publiciana ausgeschieden und in die Lehre von der „eigentlichen" Eigentumsklage eingereiht wurde.[17])

Im Revisionsentwurfe wurde das Wörtchen „aber" in § 368 BGB. eingefügt, das wieder auf eine nähere Beziehung zu § 367 BGB. hinzuweisen scheint. Aus welchen Gründen diese Einschaltung erfolgte, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls haben wir keinen Grund anzunehmen, daß sich die Bedeutung des § 368 in seiner Beziehung zu § 367 erschöpfe.[18])

So wenig klar nun von den Redaktoren diese Dinge überdacht sind, so glaube ich doch, daß darin eine ausreichende

---

[16]) Vgl. die Bemerkung des Präsidiums, Prot., I, S. 252.

[17]) Vgl. Prot., I, S. 251.

[18]) Die Selbständigkeit des § 368 gegenüber § 367 hat schon Schey (Über den redl. u. unredl. Besitzer, S. 81 f.) freilich auf Grund ganz anderer Erwägungen betont. Gewiß ist vom historischen Standpunkte aus, daß § 368 mit dem Begriff der Redlichkeit nichts zu tun hat. Den weiteren Folgerungen, welche Schey daraus für den Begriff der Redlichkeit zieht, kann ich mich für das Gebiet des Verkehrsschutzes vorwiegend aus zivilpolitischen Gründen nicht anschließen.

Grundlage dafür gegeben ist, um auf Grund § 368, der mit der deutschen Fahrnisklage in historisch nachweisbarem Zusammenhange steht, eine Klage zu gewähren, welche sich lediglich auf früheren Besitz und den Nachweis der mala fides des Beklagten stützt — eine Klage, wie sie ja auch das preußische Landrecht[19]) und alle neueren Kodifikationen[20]) zulassen. Die Redaktoren haben diese Klage für eine Eigentumsklage, oder eine Klage aus dem vermuteten Eigentum gehalten, ein vielhundertjähriger Irrtum, der aus dem Zwange entstanden ist, die deutsche Fahrnisklage im römischen Klagensystem unterzubringen. Finden wir doch dieselbe Klage, welche in § 368 gegeben ist, auch im preußischen Landrechte in der Lehre von der Vindikation unter der Rubrik „Wirkungen der Vindikation gegen einen unredlichen oder unrechtfertigen Besitzer":

I, 15, § 17. Wer eine fremde Sache unredlicher Weise an sich gebracht hat, muß sie dem dazu besser berechtigten Rückforderer unentgeltlich herausgeben.

§ 18. Ein gleiches findet gegen Jeden statt, welcher die Sache von einer verdächtigen Person an sich gebracht hat.

§ 19. Für verdächtig sind diejenigen anzusehen, welche mit Sachen derselben Art, von welchen die Rede ist, nicht zu handeln, oder dergleichen nach ihrem Stande und Lebensart nicht zu besitzen pflegen.[21])

Wie selbstverständlich den Redaktoren der Gedanke war, daß der Nachweis des schlechtgläubigen Erwerbes den Eigentumsbeweis auf Seite des Klägers ersetze, zeigt auch die Ent-

---

[19]) I, 15, § 17 ff., I, 7, § 178; dazu Dernburg, Pr. Pr. R., I, S. 609.

[20]) Deutsches BGB., § 1007, Abs. 1; ungar. Entw., § 681, Abs. 1; schweiz. Entw. II, A. 975, Abs. 1.

[21]) Vgl. dazu meine Abhandlung in Grünh. Zeitschr., 31, S. 691 ff.

stehungsgeschichte des § 371 BGB. Nach der ersten Lesung lautete der Paragraph (Prot. I, 248):

> Sachen, die sich auf diese Art nicht unterscheiden lassen, z. B. bares Geld mit anderem baren Gelde vermengt, oder auf den Überbringer lautende Schuldbriefe, sind also in der Regel kein Gegenstand der Eigentumsklage, wenn nicht ein Umstand eintritt, durch welchen der Kläger sein Eigentumsrecht beweisen kann.

Bei der Superrevision (Prot. II, 523) bemerkte Zeiller: „Der Beweis des Eigentumsrechtes falle dem Kläger oft sehr schwer, dagegen könnten Umstände eintreten, welche dritten Personen es außer Zweifel machen, daß die ihnen angebotene, verkaufte Sache kein Eigentum des Verkäufers sei; solche Umstände müßten ja doch dem Eigentümer zum Beweis dienen. . . . Motivant . . . würde daher das Ende dieses Paragraphen dahin abändern, daß er sagte: wenn nicht solche Umstände eintreten, aus welchen der Besitzer die Sache als fremdes Eigentum erkennen könnte und sollte." Diese Bemerkung, mit der man allgemein einverstanden war, spricht wohl deutlich genug.

Die Klage, welche auf § 368 gestützt werden kann, ist ein Ausläufer der deutschen Fahrnisklage, der entstanden ist durch den Einfluß der Redlichkeitsvermutung[22]) auf die gemeinrechtlichen Klagen aus unfreiwilligem Besitzverluste. Während bei diesen im Sinne des deutschen Rechts der Beweis des unverdächtigen Erwerbes den Beklagten trifft, führt die naturrechtliche Vermutung für die Redlichkeit zu einer Umstellung der Beweislast und dadurch zu einer Klage, die neben dem früheren Besitze den Beweis der Unredlichkeit des Beklagten voraussetzt. Diese Klage steht auch mit dem Grundgedanken der Klage aus besserem Rechte (§ 372ff. BGB.) in

[22]) Vgl. Entw. Martini, II, 2, § 16: Da jedem Menschen das natürliche Recht des guten Leumundes gegen alle übrigen zu statten kömmt . . . .

vollem Einklange. Wenn der Kläger, der die Vermutung des redlichen Erwerbes für sich hat, den Nachweis des unredlichen Erwerbes des Beklagten führt, so ist er ihm gegenüber besser berechtigt. Unter diesem Gesichtspunkte würde die Klage auch auszugestalten sein. Dem Beklagten müßte der Beweis offen stehen, daß der Kläger auch seinerseits nicht gutgläubig erworben habe.[23])

Daß die Zulassung einer solchen Klage einem dringenden praktischen Bedürfnisse entspricht, wird heute, nachdem alle neueren Gesetzeswerke die Notwendigkeit dieser Klage anerkannt haben, kaum mehr eines Beweises bedürfen. In einer Rechtsordnung, welche dem Schutze des gutgläubigen Erwerbes ohnehin in ausreichendem Maße Rechnung trägt, ist es sinnlos, von dem Kläger schwierige Beweise zu fordern, die dann eben nur dem schlechtgläubigen Erwerber zu gute kommen. Auf dem strafrechtlichen Wege wird ja der Besitzer in derartigen Fällen meist zum Ziele gelangen können. Hier fällt es niemandem ein, von dem früheren Besitzer der abhanden gekommenen Sache auch nur einen Beweis im Sinne des § 372 zu verlangen.[24]) Aber soll der frühere Besitzer gezwungen werden, unter allen Umständen die Strafanzeige zu erstatten und muß er auf die betreffende Sache, falls er den Beweis nach § 372 nicht zu führen vermag, endgültig verzichten, wenn jener Weg aus strafprozessualen Gründen (Tod des schlechtgläubigen Besitzers) ausgeschlossen ist?

Eine derartige Klage aus früherem Besitze und der mala fides des Beklagten würde ferner, auch wenn man die Klage nur dem Sachbesitzer zugestehen wollte, doch auch dem bloßen Inhaber der Sache praktisch zu statten kommen und daher

---

[23]) Ebenso das preuß. Landr.; vgl. Dernburg a.a.O., S. 610 und das deutsche Gesetzbuch, § 1007, Abs. 3; ungar. Entw., § 681, Abs. 3; schweiz. Entw. II, A. 975, Abs. 2.

[24]) Vgl. oben S. 171, A. 14.

auch nach dieser Richtung hin eine Lücke unseres Klagensystems ausfüllen.

Durch die Anerkennung dieser Klage wird man ferner auch dem Postulate gerecht, daß die Angriffsmittel des Eigentümers in genauer Beziehung stehen sollen zur Gestaltung des Verkehrsschutzes.[25]) Dort, wo dieser Schutz seine Grenze findet, darf man mit der Erleichterung der Rückforderung nicht kargen. Freilich wäre es für die Redaktoren des bürgerlichen Gesetzbuches konsequent gewesen, in dem Momente, als man den Verkehrsschutz grundsätzlich auf anvertraute Fahrnis beschränkte, die Beweiserleichterung auch bei unfreiwillig abhanden gekommener Fahrnis eintreten zu lassen und eine Klage aus früherem Besitze und unfreiwilligem Besitzverluste zu gewähren, wie es das preußische Landrecht[26]) und das deutsche BGB.[27]) getan haben. Denn da in diesen Fällen der Vertrauensschutz nur ausnahmsweise eintritt, liegt die Wahrscheinlichkeit des besseren Rechtes a priori beim Kläger und es ist daher billig, dem Beklagten den Beweis des besseren Rechtes aufzuerlegen. Für eine solche Klage bietet aber das BGB., das die Pflicht zur Angabe des Besitztitels gegenüber dem unfreiwilligen Besitzverluste ausdrücklich ausgeschlossen hat (§ 325)[28]) keinen Anhaltspunkt.

---

[25]) Dieser Zusammenhang tritt im Verhältnisse des §§ 1006 und 1007 zu den §§ 932—935 klar hervor. Der schweiz. Entw. erreicht seinen Verkehrsschutz unmittelbar durch die Gestaltung des Klagesystemes; vgl. E. II, A. 972 ff.

[26]) Vgl. Dernburg a. a. O., S. 609.

[27]) § 1007, Abs. 2; ebenso ungar. Entw., § 681, Abs. 2; schweiz. Entw. II, Art. 973.

[28]) Vgl. oben S. 171.

Es wurde schon angedeutet, daß der in § 367, 3[1]) statuierte Schutz des redlichen Erwerbes sehr nahe steht dem Gedanken, auf welchem das Publizitätserfordernis der §§ 426, 427 und 451, 452 beruht. In den letzteren Bestimmungen ist das Prinzip zum Ausdrucke gebracht, daß der Erwerb dinglicher Rechte kennbar sein müsse, widrigens sie dem gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam sind. Es muß eine solche Veränderung des äußeren Tatbestandes vorgenommen werden, aus welcher der Dritte erkennen kann, daß der Veräußerer nicht mehr Eigentümer sei.[2]) Während also hier normiert ist, was zu geschehen hat, um den gutgläubigen Erwerb des Dritten zu verhindern, faßt § 367, 3, die Frage von der entgegengesetzten Seite an: unter welchen Voraussetzungen tritt ein Schutz des Erwerbers ein?

Zu diesen Voraussetzungen gehört in erster Linie ein Besitz auf Seite des Veräußerers. Das kann mit Rücksicht auf die von den Redaktoren stark betonte Publizitätsfunktion des Besitzes keinem Zweifel unterliegen.[3]) Freilich deckt sich dieser Besitz, wie er nach § 367, 3, die rechtfertigende Grundlage für den guten Glauben des Dritten bildet, nicht mit dem technischen Besitzbegriffe des BGB. Der, dem die Sache „anvertraut" wurde, ist nicht Sachbesitzer und muß auch nicht

[1]) Vgl. § 456.

[2]) Bezw. nicht mehr unbeschränkter Eigentümer sei (§ 452). Ich spreche im folgenden, um die Ausdrucksweise nicht zu sehr zu komplizieren nur von dem ersteren Falle.

[3]) Vgl. dazu Krasnopolski a. a. O., S. 38 ff.

Rechtsbesitzer sein. Der Besitz, der hier in Betracht kommt, ist die Innehabung oder Gewahrsame. Die Differenz zwischen dem Besitzbegriffe des BGB. und jenem „Besitze", der die Publizitätsfunktion trägt, hat Zeiller zu folgendem merkwürdigen Ausspruche verführt, in welchem er diese Differenz zu verdecken sucht[4]): „Jedermann kann vorgeben, daß er eine Sache an sich gebracht habe; dafern er sich aber nicht im Besitze derselben befindet, wie kann und soll man ihm auf sein bloßes Wort trauen? Dagegen hat derjenige, welcher eine Sache besitzt, aus dem, was gewöhnlich der Fall ist, die Vermutung für sich, daß er Eigentümer sei (§ 360) oder wenigstens, daß ihm, was der Wirkung nach gleich gilt (§ 367), die Sache von dem Eigentümer anvertraut worden." So klar hier die Bedeutung des Besitzes als rechtfertigende Grundlage des Vertrauensschutzes erkannt ist, so offensichtlich verfehlt ist der Versuch, diesen Besitz mit dem offiziellen Besitzbegriffe in Einklang zu bringen.

Die Gewahrsame, welche die objektive Grundlage des guten Glaubens bildet, deckt sich im wesentlichen mit dem der deutschen Fahrnisgewere verwandten unmittelbaren Besitze des deutschen BGB. Insbesondere geht aus den Protokollen mit Sicherheit hervor, daß die Gewahrsame des Gesindes, des gedungenen Arbeiters usw. eine ausreichende Grundlage für den Schutz nach § 367, 3, nicht bildet. Der Erwerb von „Besitzdienern" genießt daher auch nach österreichischem Rechte keinen Schutz.[5])

Vergleicht man nun die beiden angeführten Gruppen von Publizitätsnormen, so ergibt sich, daß die in § 427 und 452 genannten „Zeichen" bezüglich ihrer Funktion nicht die-

---

[4]) Nr. 2 zu § 425; dazu Krasnopolski a. a. O.

[5]) Vgl. Krasnopolski a. a. O., S. 33; Randa, Eigentum S. 348 f.; Krainz, § 206, A. 24; deutsches BGB., § 855 und dazu oben S. 19.

selbe Bedeutung haben können, wie die Gewahrsame; oder, um mit Zeiller[6]) zu sprechen: Der Besitz durch Zeichen steht dem körperlichen Besitze nicht gleich; denn er vermag an sich nicht die Grundlage für einen Eigentumserwerb im Sinne des § 367, 3, zu bilden. Die Zeichen haben lediglich den Zweck, den Schluß vom Besitze auf das Eigentum zu entkräften, mit anderen Worten den guten Glauben des Erwerbers zu zerstören. Nur wenn und soweit sie diesen Zweck erreichen, sind sie von Bedeutung.

Im übrigen kann, da den beiden Gruppen von Publizitätsnormen derselbe Gedanke zu Grunde liegt, der nur in § 426 f. und 451 f. von einer anderen Seite her beleuchtet wird, als in § 367, 3, das einheitliche Publizitätsprinzip selbst nur durch eine Zusammenfassung beider Normenkomplexe gewonnen werden. Daraus ergibt sich zunächst, daß der Ausdruck „anvertrauen" im § 367, 3, im weitesten Sinne zu nehmen ist; denn nach § 427 (452) tritt der Schutz des gutgläubigen Dritten schon dann ein, wenn der Erwerber es versäumt hat, den äußeren Tatbestand zu verändern, die Sache also, gleichviel aus welchem Grunde, in der Lage beim Veräußerer belassen hat, in der sie war. Von der Notwendigkeit eines besonderen Anvertrauens ist keine Rede. Dieses Erfordernis des § 367, 3, werden wir daher in dem Sinne verstehen dürfen, wie es sich auch in der neueren Gesetzgebung findet[7]), daß jener äußere Tatbestand, der dem Vertrauen des Dritten als Grundlage dient, nicht wider den Willen des Eigentümers entstanden sein darf.[8])

---

[6]) Vgl. oben S. 122 u. 151.

[7]) Vgl. oben S. 20 f.

[8]) Das entspricht der herrschenden Ansicht; vgl. Krasnopolski a. a. O., S. 32 ff., 44 ff.; Demelius, Pfandr., S. 357 ff.; Randa, Eigentum, S. 348. Unrichtig ist es, wenn Krainz, § 206, A. 25 für das „Anvertrauen" im Sinne des § 367 wenigstens beschränkte Handlungsfähigkeit auf Seite des Empfängers (!) verlangt. Die Handlungsunfähigkeit

Umgekehrt wird man aber aus § 367, 3, eine Beschränkung des in § 426f. und 451f. statuierten Vertrauensschutzes nach der Richtung entnehmen müssen, daß der Schutz nur dem entgeltlichen Erwerbe zu gute kommt. Diese in § 367, 3, festgestellte Schranke des fahrnisrechtlichen Schutzes kann durch Deduktionen aus anderen Bestimmungen nicht beseitigt werden.[9]) Sie entspricht ja auch dem Grundgedanken des Verkehrsschutzes; an der Wirksamkeit unentgeltlichen Erwerbes hat der Verkehr kein Interesse.

Ferner ergibt sich aus der Heranziehung des § 367 eine Beantwortung der Frage, wie die einzelnen Arten der Übergabe hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbes zu behandeln sind. Da die Innehabung die notwendige Grundlage für das

---

des Empfängers kann von Bedeutung werden, wenn dieser ohne Intervention des gesetzlichen Vertreters die Veräußerung vornimmt. Denn dieser Mangel wird durch den gutgläubigen Erwerb selbstverständlich nicht geheilt. Für den Begriff des Anvertrauens hat aber die Handlungsfähigkeit des Empfängers gar keine Bedeutung. Vgl. dazu auch die Entsch., GZ., 1903, Nr. 19 und Coulon a. a. O., Nr. 25; Krasnopolski a. a. O., will den Fall des Zwanges ausscheiden; das ist aber gegenüber der Behandlung der Willensmängel im BGB. nicht haltbar.

[9]) Dasselbe gilt auch für § 468 u. 527 so weit sie sich auf das Fahrnisrecht beziehen; sie beruhen auf demselben Gedanken wie die § 427 und 452, vgl. oben S. 166, A. 57. Der Schutz des § 468 und 527 tritt nach dem oben ausgeführten auch dann nicht ein, wenn die Sache demjenigen, zu dessen Gunsten die Beschränkung besteht, wider Willen abhanden gekommen ist. So mit Recht schon Zeiller, Nr. 2 zu 468. A. M. Krasnopolski a. a. O., S. 30f. Randa, Eigentum, S. 341, A. 14f. Es wäre auch gar nicht abzusehen, warum diese Fälle anders behandelt werden sollten als die, in denen die Beschränkung des Vormannes sich aus dem begrenzt dinglichen Rechte eines Dritten ergibt Hier kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn etwa der Eigentümer dem Pfandgläubiger die verpfändete Sache eigenmächtig weggenommen und dieselbe dann veräußert hätte, ein Schutz des Dritten nicht eingreift. Vgl. zu dieser Frage für das deutsche BGB. insbesondere Crome, III, § 382, II, 2; Planck, Erl. 4 zu § 936. Vgl. ferner § 379, Z. 2 EO. der für Beschränkungen durch einstweilige Verfügungen die sinngemäße Anwendung der §§ 367 u. 456 vorschreibt.

Vertrauen des Erwerbers bildet, so können nur jene Formen der Übergabe den gutgläubigen Erwerb ohneweiters vermitteln, bei denen der Veräußerer Inhaber der Sache ist. Das trifft zu bei der körperlichen Übergabe des BGB., bei der symbolischen Übergabe und dem Konstitut nur dann, wenn der Veräußerer unmittelbarer Besitzer (im Sinne des deutschen Gesetzbuches) ist. Befindet sich die zu übergebende Sache in der Gewahrsame eines Dritten[10]), so kann die Übergabe durch Zeichen oder durch Konstitut nicht genügen, da es an der rechtfertigenden Grundlage für das Vertrauen des Dritten fehlt.[11]) Ein Schutz des Erwerbers wird hier erst dann eintreten können, wenn der Erwerber den Besitz der Sache vom Inhaber erlangt.[12]) Was die brevi manu traditio anlangt, so kann diese für den gutgläubigen Erwerb nur dann ausreichen, wenn der Erwerber die Sache seinerzeit vom Veräußerer erhalten hatte, nicht aber, wenn er sie von einem Dritten in Gewahrsame bekommen hatte.[13])

Aus unserer Darstellung hat sich demnach ergeben, daß sich der Publizitätsgedanke im österreichischen Fahrnisrechte nicht auf die Statuierung einiger auf heterogenen Motiven beruhenden Ausnahmsbestimmungen beschränkt, sondern daß es sich hier um ein das ganze Fahrnisrecht durchziehendes Prinzip handelt[14]), das nur in den §§ 426, 427, 451, 452,

---

[10]) Die Konstruktion dieses Traditionsfalles ist streitig; vgl. Randa, Besitz, S. 555 f., Eigentum, S. 326; Pfersche, Sachenrecht, I, S. 140; Krainz, § 175 a. E. und § 206; Demelius, Sachenrecht, S. 6; Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnisse, S. 223 f.

[11]) Besondere Rechtsnormen gelten für die Traditionspapiere des Handelsverkehrs.

[12]) Vgl. dazu oben S. 11 ff.

[13]) Vgl. dazu oben S. 6.

[14]) Für unzulässig halte ich mit der herrschenden Ansicht die Ausdehnung des Verkehrsschutzes auf den Erwerb im Exekutionswege. Auszunehmen ist jedoch m. E. die „zwangsweise Ersatzübergabe" (§ 346 und 348 EO); vgl. § 897 u. 898 der deutschen ZPO.

468 und 527 anders ausgedrückt, von einem anderen Standpunkte aus gefaßt ist, als in § 367 und 456. Aufgebaut ist der Publizitätsgedanke auch im österreichischen Rechte auf der normalen äußeren Erscheinungsform des Eigentums, der Innehabung, wie es Zeiller in seinem mehrerwähnten Vortrage betont hat: der körperliche Besitz steht in seiner Publizitätsfunktion der grundbücherlichen Eintragung gleich.

Das deutsche Gesetzbuch hat, wie wir gesehen haben, neben dem Grundbuche noch eine Reihe von äußeren Tatbeständen, insbesondere Registern, geschaffen, auf welche in größerem oder geringerem Maße der Schutz des gutgläubigen Verkehrs gegründet ist. Das österreichische bürgerliche Recht kennt derartige Register nicht[15]); und das ist kaum zu bedauern.[16]) Jedoch findet sich im österreichischen Rechte eine Bestimmung, die sich im Grundgedanken mit dem Erbscheine des deutschen Gesetzbuches berührt. Es ist die Bestimmung des § 824 a. E.

Krasnopolski[17]) hat die Bedeutung dieser Norm in folgender Weise zusammengefaßt: „Jedem Dritten gegenüber, der den wahren Sachverhalt nicht kennt, gilt der durch die gerichtliche Einantwortungsurkunde Legitimierte als der wahre Erbe. Rechtshandlungen, die vom oder gegen den wahren Erben

[15]) Für das Patentrecht kommt das Patentregister in Betracht, mit dem jedoch das Ges. v. 11. Jänner 1897, RGBl. Nr. 30 einen Vertrauensschutz grundsätzlich nicht verbindet; vgl. jedoch § 84 u. 85 und dazu E. Adler in Grünh. Ztschr., 27, S. 680 ff. und Benies, JBl., 1896, Nr. 41 f., S. 494. Über die Publizitätswirkung des Handelsregisters vgl. oben S. 115 f.; bezüglich des Genossenschaftsregisters vgl. § 7, 16 u. 43 des Ges. v. 9. April 1873, RGBl. Nr. 70.

[16]) Vgl. oben S. 56 f.

[17]) Redl. Verk., S. 26. Dort auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung, welche keine Aufschlüsse gibt; vgl. auch Krainz, § 511 nach Anm. 9.

vorgenommen, gültig und wirksam wären, sind zu Gunsten des bona fide Handelnden gültig und wirksam, wenn sie vom oder gegen den vermeintlichen, durch die gerichtliche Einantwortungsurkunde Legitimierten vorgenommen werden."

Ich halte diese Formulierung, abgesehen davon, daß sie etwas zu weit ist, für völlig zutreffend. Der Auffassung der Redaktoren freilich dürfte sie kaum entsprechen. Die Redaktoren scheinen vielmehr von dem Gedanken ausgegangen zu sein, daß der unter staatlicher Autorität (auf Grund der gerichtlichen Einantwortung) vor sich gegangene Erwerb zu schützen sei, von demselben Gedanken also, der den zwei ersten Fällen des § 367 zu Grunde liegt. Eine derartige Auffassung würde eine sachgemäße Ausgestaltung des § 824 von vornherein abschneiden, da damit der Schutz des Dritten auf den Erwerb von Sachen beschränkt wäre.[18]) Es wird daher der Gedanke des guten Glaubens an die Einantwortungsurkunde zu betonen und die Bestimmung in diesem Sinne zu interpretieren sein.[19])

---

[18]) Dagegen auch Krasnopolski a. a. O.

[19]) Unzulässig ist daher die Anwendung des § 824 auf Fälle der Veräußerung von Nachlaßsachen vor der Einantwortung. Die entgegengesetzte Annahme Krasnopolskis a. a. O., S. 26 f. steht im Widerspruche mit dem von ihm selbst aufgestellten Prinzip; vgl. auch Krainz, § 206 zu Anm. 19; Randa, Eigentum, S. 364; Unger, Erbr., S. 166 und 174. Es könnte nur die Frage aufgeworfen werden, ob in Fällen der Veräußerung von Nachlaßsachen durch den Scheinerben vor der Einantwortung ein Schutz nach dem allgemeinen Prinzip (§ 367, 3) eintritt. Die Frage dürfte für das BGB. anders zu beantworten sein, als nach deutschem Rechte (vgl. Strohal, Erbr., II, § 68, A. 13), u. zw. mit Rücksicht auf die verschiedene Regelung des Erbschaftserwerbes. Als Eigentümer, dem die Sachen abhanden gekommen sind, kommt nach österr. Recht der wahre Erbe nicht in Betracht. Anderseits dürfte es für unser Recht von Bedeutung sein, ob dem Pseudoerben vom Gerichte die Verwaltung des Nachlasses eingeräumt wurde, oder ob er sich eigenmächtig in den Besitz der Nachlaßsachen gesetzt hat. Im ersteren Falle besteht meiner Ansicht nach kein Hindernis, den Schutz nach § 367, 3, zu gewähren.

Die Einantwortungsurkunde bildet wie der deutsche Erbschein eine Legitimation des Erben. Der äußere Tatbestand, der dem guten Glauben des Dritten zur Grundlage dient, deckt nichts anderes als die Erbenqualität des in der Einantwortungsurkunde Genannten. Daraus ergibt sich, daß die Berufung auf § 824 allein dem gutgläubigen Dritten nichts nützen kann, wenn der Erblasser selbst nicht Eigentümer war. Es könnte nur die Frage aufgeworfen werden, ob in solchen Fällen die Bestimmung des § 824 mit den sachenrechtlichen Schutznormen zusammengreifen kann. Diese Frage ist jedoch, im Gegensatze zum deutschen Recht[20]), sowohl für das Gebiet des Grundbuchsrechtes als des Fahrnisrechtes zu verneinen. Der Grund liegt darin, daß sich § 824 nicht darauf beschränkt, zu bestimmen, daß der in der Einantwortungsurkunde Genannte Dritten gegenüber als wahrer Erbe gilt, wie es das deutsche BGB. tut, sondern zugleich sachenrechtliche Folgen normiert, die nur dann zutreffen können, wenn der Erblasser Eigentümer war, weil sonst der Erwerb von Scheinerben einen weitergehenden Schutz genießen würde, als der Erwerb von dem wahren Erben. Für das Grundbuchsrecht ist dies ohneweiters klar in denjenigen Fällen, wo in das Vertrauensprinzip der Verschweigungsgedanke hereinspielt (§ 63f. GrdbG.); z. B.: Der Eigentümer A ist durch einen materiell rechtswidrigen Eintrag zu Gunsten des B aus dem Grundbuche verdrängt worden. B stirbt und sein Nachlaß wird dem Putativerben P eingeantwortet. P veräußert, ohne sich eintragen zu lassen, das Grundstück an den gutgläubigen X, der im Grundbuche eingetragen wird. Sicher ist hier, daß der wahre Eigentümer A mit der Klage auf Wiederherstellung des vorigen Buchstandes innerhalb der Fristen des § 63f. GrdbG. auch gegenüber dem X durchdringen muß, denn er würde auch durchdringen, wenn der immittierte Erbe der wahre

[20]) Vgl. oben S. 53f.

Erbe gewesen wäre. § 824 kann in derartigen Fällen nicht in Betracht kommen.

Ebenso steht die Sache auf dem Gebiete des Fahrnisrechtes. Es ist unrichtig, wenn Exner[21]) und Randa[22]) behaupten, daß der § 824 auch auf den Fall Anwendung finde, daß der immittierte Pseudoerbe Sachen veräußert, die dem Erblasser anvertraut waren. Diese Ansicht würde zu dem Resultate führen, daß der Erwerb vom Pseudoerben einen weiteren Schutz genießt, als der Erwerb vom wahren Erben. Würde der Dritte vom wahren Erben eine dem Erblasser anvertraut gewesene Sache geschenkt erhalten, so wäre der Dritte nicht geschützt, da der hier eingreifende § 367, 3, entgeltlichen Erwerb voraussetzt. Erwirbt der Dritte jedoch vom Pseudoerben, so müßte nach Randa der Schutz auch bei unentgeltlichem Erwerbe eintreten. In diesen Fällen kann § 824 überhaupt nicht zur Anwendung kommen, sondern nur die Bestimmung des § 367, 3. Diese aber nicht etwa deshalb, weil die Erbschaft dem Pseudoerben anvertraut ist, sondern weil die Sache dem Erblasser anvertraut war.

Anderseits wird man aus dem Gedanken, daß die Einantwortungsurkunde den Erben Dritten gegenüber als wahren Erben legitimiert, schließen dürfen, daß der Schutz des Dritten nicht auf den Erwerb von Nachlaßsachen beschränkt ist. Die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 824 in dieser Beziehung wird von der herrschenden Lehre anerkannt, ohne daß man zu einer festen Abgrenzung gelangt wäre. So wird angenommen, daß der Schutz auch eingreife in den Fällen der Bestellung begrenzter dinglicher Rechte, im Falle des Erlasses von Nachlaßforderungen und daß er ferner auch dem redlichen Schuldner zu statten komme, der an den

---

[21]) Trad., S. 69.

[22]) Eigentum, S. 364, A. 55.

Pseudoerben zahlt.[23]) Ich glaube, daß die zutreffende Abgrenzung dort zu suchen ist, wo sie das deutsche Gesetzbuch gezogen hat.[24]) Danach würden unter den Schutz des § 824 fallen:

1. Der Erwerb von Erbschaftssachen oder eines Rechtes an einer solchen Sache. „Sache" ist hier im Sinne des Sachbegriffes des BGB. (ähnlich dem „Gegenstande" des deutschen BGB.) zu nehmen. Hieher gehören der Erwerb von Erbschaftsforderungen, Urheber- und Erfinderrechten, Bestellung von Pfandrecht oder Nießbrauch hieran usw. Diese Fälle werden schon durch den Wortlaut des § 824 gedeckt, sofern man den Ausdruck „Erbstücke" im Sinne von Erbschaftssachen versteht.

2. Die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte (Forderung, Dienstbarkeit, Pfandrecht).

3. Die Leistung auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes (Erfüllung von Nachlaßforderungen).

4. Überhaupt Rechtsgeschäfte mit einem Dritten, welche unmittelbar auf ein zum Nachlasse gehöriges Recht einzuwirken geeignet sind (Verfügungen im Sinne des deutschen Gesetzbuches), z. B. Stundung einer Erbschaftsforderung.

Dagegen tritt ein Schutz des Dritten nicht ein bei obligatorischen Verpflichtungen, welche der Pseudoerbe hinsichtlich eines Erbschaftsgegenstandes übernimmt. Ein derartiger Vertrag ist für den wahren Erben nicht bindend. Es fehlt in diesen Fällen an einer unmittelbaren Beziehung des Rechtsgeschäftes zur Erbschaft. Das Recht des Dritten richtet sich nur gegen die Person des Scheinerben, an ihn allein kann er sich halten.

---

[23]) Vgl. Krainz, § 537 zu Anm. 38 f., § 273 i. f.; Unger, Erbr., S. 166, 174; Demelius, Pfandr., S. 363; Stubenrauch zu § 824, 6; auch Krasnopolski, Redl. Verk., S. 26 f.

[24]) Vgl. oben S. 50 und dazu insbesonders Strohal, Erbrecht, II, § 68, III.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, daß § 824 zwar auf demselben Grundgedanken beruht wie der grundbuchrechtliche und fahrnisrechtliche Vertrauensschutz, nämlich auf dem Gedanken, daß der Dritte in seinem Vertrauen auf den durch die Einantwortungsurkunde gegebenen äußeren Tatbestand der Erbenqualität zu schützen sei, daß diese Bestimmung aber im übrigen hinsichtlich der Voraussetzungen und des Umfanges des gewährten Schutzes von den sachenrechtlichen Schutznormen scharf auseinanderzuhalten ist. Wenn aber Krainz[25]) den Unterschied gegenüber dem grundbücherlichen Schutze darin findet, daß der gute Glaube im Falle des § 824 nicht bloß die bereits vollzogene Eintragung unanfechtbar mache, sondern schon vorher den dinglichen Anspruch auf Vollzug der Eintragung gewähre, so ist das unrichtig, weil der gute Glaube an die Einantwortungsurkunde nur das mangelnde Erbrecht des Auktors ersetzen kann, nicht aber andere Erfordernisse des Rechtserwerbes und daher auch nicht die Eintragung im Grundbuche. Der Schutz des § 824 kann erst dann eingreifen, wenn die übrigen Erfordernisse des dinglichen Rechtserwerbes eingetreten sind. Erst dann handelt es sich um ein „erworbenes Erbstück" im Sinne des § 824. Daher muß der gute Glaube nicht nur zur Zeit des „Erwerbsgeschäftes", wie Krainz annimmt, sondern auch zur Zeit der Eintragung vorhanden sein. Vorher besteht lediglich ein obligatorischer Anspruch gegen den Scheinerben, auf den § 824 überhaupt keine Anwendung findet.

---

[25]) I, § 206, A. 19.

II. Die Publizitätsfunktion der Schuldurkunde.

Die Publizitätsfunktion der Schuldurkunde ergibt sich unmittelbar daraus, daß § 427 und 452, wie nachgewiesen wurde, auch auf Forderungen Anwendung finden, über welche Schuldurkunden bestehen. Die Schuldurkunde spielt bei der Zession und Verpfändung von Forderungen dieselbe Rolle, wie die übrigen Zeichen des § 427 und der Besitz des § 426. Diese haben einerseits die Aufgabe, den Übereignungswillen vom Verpflichtungswillen abzuheben, andrerseits die erfolgte Übereignung Dritten gegenüber kennbar zu machen, widrigens die erfolgte Übertragung gutgläubigen Dritten gegenüber unwirksam ist.[1]) Auf die Abtretung von Forderungen angewendet, ergeben sich daraus folgende Grundsätze.

Die Zession ist zwar perfekt mit dem Abtretungsvertrag zwischen dem alten und neuen Gläubiger. Der Übergabe der Schuldurkunde bedarf es dazu nicht.[2]) Jedoch kann diese Übergabe von Bedeutung sein für die Klarstellung des Übertragungswillens. Man wird unter Umständen aus der Nichtübergabe der Urkunde darauf schließen können, daß noch keine Verfügung über die Forderung, sondern lediglich eine obligatorische Verpflichtung, ein pactum de cedendo vorliege.[3]) Ferner, — und das ist eine zwingende Folge aus unserer Beweisführung — die ohne Übergabe der Schuldurkunde erfolgte und daher unkennbare Abtretung ist späteren gutgläubigen Erwerbern gegenüber unwirksam. Ist die Schuldurkunde in den Händen des früheren Gläubigers verblieben,

---

[1]) Vgl. oben S. 151 f.

[2]) Das entspricht der herrschenden Lehre; vgl. Krainz, II, § 329, A. 9.

[3]) Vgl. oben S. 159 f.

so gilt späteren Erwerbern gegenüber noch immer der Zedent als Gläubiger. Hat also der Gläubiger seine verbriefte Forderung dem X zediert, ohne ihm die Schuldurkunde zu übergeben, so ist X zwar Gläubiger geworden, aber sein Gläubigerrecht leidet an derselben Schwäche, wie das Eigentumsrecht des Erwerbers einer Sache, der eine kennbare Veränderung des äußeren Tatbestandes nicht vorgenommen hat.

Für den Schuldner ergibt sich hieraus die Konsequenz, daß er nur demjenigen Zessionar zahlen kann und darf, der die Schuldurkunde in Händen hat. Würde der Schuldner dem X zahlen, so wäre er der Gefahr ausgesetzt, einem späteren gutgläubigen Zessionar, dem die Forderung unter Übergabe der Urkunde vor der Zahlung abgetreten worden war, nochmals leisten zu müssen.

Daß diese Schlußfolgerungen aus § 427 in vollem Einklange stehen mit dem Grundgedanken, aus dem diese Bestimmung hervorgegangen ist, ergibt sich daraus, daß das preußische Landrecht, auf welches § 427 zurückgeht, diese Rechtssätze ausdrücklich enthält:

> I. 11. § 395. Der Schuldner kann nur einem solchen Zessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments . . . legitimiert.
>
> § 397. Hat der Schuldner diese Vorschrift . . . vernachlässigt, so kann er sich mit der geleisteten Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht schützen.

Auch das preußische Obertribunal hat in mehrfachen Entscheidungen anerkannt, daß der jüngere gutgläubige Zessionar, dem die Schuldurkunde übergeben wurde, dem älteren vorgehe.[4])

---

[4]) Striethorst, Arch., 77, S. 243; Entsch., B. 4, S. 81, B. 63, S. 80 und Gruchots Beiträge, 24, S. 111; dazu Skonietzki in Gruchots Beitr., 29, S. 53 ff. A. M. Dernburg, Pr. Pr. R., II, § 85, A. 45.

Es fragt sich nun, wie sich die aus § 427 gewonnenen Rechtssätze zur Denuntiation verhalten. § 1395 bestimmt, daß der Schuldner, so lange ihm der Übernehmer nicht bekannt wird, berechtigt ist, dem ersten Gläubiger zu zahlen oder sich sonst mit ihm abzufinden; § 1396, daß der Schuldner dies nicht mehr kann, sobald ihm der Übernehmer bekannt gemacht worden ist. Die Wirkung der Denuntiation besteht demnach lediglich darin, daß der Schuldner von dem Zeitpunkte an, wo er von der Zession Kenntnis erlangt, den ursprünglichen Gläubiger nicht mehr als Gläubiger behandeln darf. Dafür aber, daß mit diesem Zeitpunkte auch die Verpflichtung des Schuldners eintrete, an den bekannt gewordenen Gläubiger zu leisten, enthalten diese Bestimmungen nicht den geringsten Anhaltspunkt. In dieser Hinsicht bestimmt § 1396 nur, daß der Schuldner zur Zahlung verpflichtet sei, wenn er die Forderung gegenüber dem Übernehmer als richtig anerkannt hat. Im übrigen greift aber hier die aus § 427 abgeleitete Norm ein, daß der Schuldner nur demjenigen Zessionar zu leisten verpflichtet ist, der im Besitze der Schuldurkunde ist. Das Bekanntmachen oder Bekanntwerden des Übernehmers hat daher keine andere Bedeutung als die, den guten Glauben des Schuldners hinsichtlich der Gläubigereigenschaft des bisherigen Gläubigers zu zerstören.[5])

Es sind daher bei der Zession verbriefter Forderungen ebenso wie nach dem deutschen BGB. drei Stadien auseinanderzuhalten: 1. Mit dem Abschluß des Abtretungsvertrages geht die Forderung auf den Zessionar über (§ 1392). Die Gläubiger des Zedenten können nach diesem Zeitpunkte nicht mehr auf die Forderung greifen, sie gehört nicht mehr zur Konkursmasse des Zedenten. 2. Dem Schuldner gegenüber gilt der bisherige Gläubiger so lange als Gläubiger, bis

---

[5]) Ebenso für das Pr. L. R. Skonietzki a. a. O., S. 56 ff.; anders Dernburg a. a. O., § 85 zu A. 9.

er von der Abtretung Kenntnis erlangt (§§ 1395, 1396, vgl. § 407 d. BGB.). 3. Dem Schuldner gegenüber ist der Zessionar erst dann als Gläubiger legitimiert, wenn er die Schuldurkunde vorweist (vgl. § 410 d. BGB.).

Dieses aus dem Publizitätsgedanken sich ergebende Resultat entspricht auch nach einer anderen Richtung hin einem dringenden praktischen Bedürfnisse. Schon Bähr[6]) hat seinerzeit gegenüber der gemeinrechtlichen Zessionslehre den Grundsatz aufgestellt: „Die Übertragbarkeit der Forderung darf dem Schuldner nicht zum Nachteile gereichen und ein solcher Nachteil liegt in der Gefahr der Doppelzahlung." Wenn man davon ausgeht, daß die Zession als Rechtsinstitut vorzüglich den Interessen des Gläubigers dient, so genügt es in der Tat nicht, festzustellen, daß der Schuldner auch dem neuen Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen kann, die er gegen den alten hatte. Der Schuldner darf auch nicht in die Lage versetzt werden, auf eigene Gefahr prüfen zu müssen, ob irgend ein Dritter, der sich ihm als neuer Gläubiger vorstellt, Gläubiger sei oder nicht; er darf nicht vor die Alternative gestellt werden, möglicherweise einem Nichtgläubiger zu zahlen oder dem wirklichen Zessionar gegenüber in Verzug zu kommen und von ihm in einen Prozeß verwickelt zu werden.[7])

Fast alle modernen Gesetzgebungen haben diesem berechtigten Interesse des Schuldners Rechnung getragen.[8]) Auch der Cod. Theresianus kennt noch eine derartige Bestimmung:

nr. 57, III, 23. Damit aber der übernehmende die ihme gemachte Abtretung zu erweisen im Stande sein

[6]) Iherings Jahrb., I, S. 479.

[7]) Vgl. Mot. z. d. BGB., II, S. 137.

[8]) Pr. L. R., I, 11, § 415; cod. civ. art. 1690; sächs. BGB., § 974; d. BGB., § 410; ungar. Entw., § 1257; vgl. auch schw. O. R., A. 188 und E. II, A. 1195.

möge, wird nebst der Ausantwortung des Schuldscheines oder der Schuldverschreibung annoch die Ausfertigung einer besonderen Abtretungs- oder Übergabsurkunde oder die Aussage zweier geschworener Zeugen erfordert.[9])

Im bürgerlichen Gesetzbuche findet sich eine solche Vorschrift nicht mehr. Auch § 1428 schützt den Schuldner nur hinsichtlich der Zahlung, nicht aber auch bezüglich anderer Rechtsgeschäfte, welche der angebliche Gläubiger dem Schuldner gegenüber vornimmt (Kündigung, Mahnung usw.).[10]) Diese Lücke wird nun ausgefüllt durch die aus der Publizitätsfunktion der Urkunde sich ergebenden Folgen, freilich nur bei verbrieften Forderungen. Hier muß sich der neue Gläubiger mindestens durch die Vorweisung der Schuldurkunde als solcher legitimieren.

Was auf Grund des § 427 für die Zession verbriefter Forderungen gilt, gilt nach § 452 für die Verpfändung derselben.[11]) Die Übergabe der Urkunde ist ein Erfordernis der Verpfändung in dem Sinne, daß die ohne Übergabe der Urkunde vorgenommene Verpfändung einem gutgläubigen Erwerber der Forderung oder einem späteren Pfandgläubiger gegenüber unwirksam ist. Dem ersten Pfandgläubiger steht die Möglichkeit offen, durch einen Vermerk der Verpfändung auf dem Schuldscheine den guten Glauben eines weiteren Erwerbers zu verhindern. Auch hier ist der Schuldner nicht verpflichtet, den Pfandgläubiger als solchen anzuerkennen,

---

[9]) Vgl. n. 75 u. 76 l. c.; ferner E. Horten, III, 24, § 11.

[10]) Vgl. dazu § 410 d. BGB.

[11]) Vgl. dazu insbesonders Demelius, Pfandr., S. 264 ff., der ebenfalls an dem Publizitätsgedanken des § 452 festhält, ihn aber in anderem Sinne verwertet; nach ihm ersetzt die Übergabe der Schuldurkunde die Denunziation. Vgl. ferner Pfaff, GZ., 1868, Nr. 87; Schwind, Inhalt und Wesen d. Pfandr., S. 98. A. M. Krainz, I, § 281, A. 10 f.; Hasenöhrl, D. R., II. S. 224, A. 9.

wenn er sich nicht wenigstens durch den Schuldschein legitimiert.[12])

Der im § 427 und 452 gelegene Gedanke drängt aber noch weiter. Wenn wir zugeben müssen, daß die hier anerkannte Publizitätsfunktion der Urkunde zu dem Ergebnisse des Schutzes des gutgläubigen späteren Zessionars führt, so ist damit auch gesagt, daß unter Umständen der Erwerb einer bestehenden Forderung von einem Nichtberechtigten möglich ist. Auch hier wird wie im Sachenrechte der Erwerb im guten Glauben an einen äußeren Tatbestand geschützt und es fragt sich, wo die Grenze dieses Schutzes zu suchen ist. Es ist kein innerer Grund vorhanden, den Schutz des Er-

---

[12]) Bei der Zession und Verpfändung unverbriefter Forderungen kann der Publizitätsgedanke nicht zur Anwendung kommen, da es hier an einer objektiven Grundlage für das Vertrauen des Dritten fehlt. § 427 und 452 gelten nur für verbriefte Forderungen. Es ist kein glücklicher Gedanke, wenn Demelius der Denunziation eine Puplizitätsfunktion zuschreiben will (Pfandr., S. 264 f.); dazu ist sie in der Gestalt, wie sie das BGB. rezipiert hat, völlig ungeeignet. Die Zession und Verpfändung unverbriefter Forderungen kommt durch bloßen Vertrag zu Stande. Eine andere Frage ist die, ob nicht auch bei unverbrieften Forderungen sich der Zessionar oder Pfandgläubiger dem Schuldner gegenüber als solcher legitimieren muß, um von ihm Zahlung fordern zu können. Diese Frage ist im BGB. nicht entschieden und zwingende Gründe verlangen einen derartigen Nachweis im Interesse des Schuldners. Die Praxis verschließt sich auch dieser Notwendigkeit nicht; vgl. insbesonders GlU., II, 1871, I, 11.465, 8496; vgl. auch Krainz, II, § 330, A. 5 und Dr. F. S., Zeitschr. f. Not., 1901, S. 348. Hasenöhrl, II, § 73 f. berücksichtigt diese Frage nicht.

Der Erwerb des exekutiven Pfandrechts an Geldforderungen erfolgt gem. § 294 EO. durch Zahlungsverbot an den Drittschuldner. Auch dieses Pfandrecht erlischt, wenn die Forderung unter Übergabe der Urkunde einem gutgläubigen Dritten zediert wird. Es muß daher auch hier dem betreibenden Gläubiger freistehen, den Antrag zu stellen, den Schuldschein in Verwahrung zu nehmen oder die geschehene Pfändung auf dem Schuldschein ersichtlich zu machen (§ 259 EO. und dazu oben S. 165). Vgl. dazu Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, S. 50 f.; K. Adler, Grünhut Zeitschr., 33, S. 742, A. 1.

werbers auf den Fall der Doppelveräußerung zu beschränken. Wie ausgeführt wurde, sind die §§ 427 und 452 lediglich eine besondere Anwendungsform des § 367, 3, in welchem die Voraussetzungen des Rechtserwerbes grundsätzlich normiert sind. Es liegt daher nahe, diese Bestimmung zur genaueren Abgrenzung des gutgläubigen Erwerbes verbriefter Forderungen heranzuziehen.

Dieser Gedankengang liegt freilich etwas abseits von den herkömmlichen Gedankenbahnen der romanistischen Doktrin. Ähnliche Anschauungen, welche in der Praxis zu Tage treten[13]), werden durch Frage- und Ausrufzeichen abgetan und Prophezeiungen[14]) der vollständigen Verwirrung aller Begriffe schrecken den, der es wagen sollte, das wohlgeordnete System der herrschenden Lehre in Unordnung zu bringen. Etwas skeptisch gegen derartige Vorhersagungen macht jedoch schon der Umstand, daß das theoretisch gewiß nicht skrupellose deutsche Gesetzbuch in § 405 die Möglichkeit eines gutgläubigen Forderungserwerbes anerkennt.

Stichhältige prinzipielle Gründe können gegen die Ausdehnung des gutgläubigen Erwerbes auf das Gebiet des Obligationenrechts nicht vorgebracht werden. Der von Randa[15]) angeführte Grund, daß § 367 einen singulären Charakter habe, trifft, wie wir gesehen haben, hinsichtlich des dritten Falles des § 367 nicht zu und der in § 427 auch für Forderungen zum Ausdrucke gelangte Publizitätsgedanke nötigt geradezu zu einer analogen Heranziehung des § 367, 3.

Auch die Argumentation Krasnopolskis[16]), der die singuläre Natur des § 367, 3, mit Recht leugnet, ist nicht

---

[13]) Vgl. Entsch., GlU., 4534, die freilich sonst in mancherlei Hinsicht anfechtbar ist.

[14]) So insbesondere Randa, Besitz, S. 435 u. A. 47; Eigentum, S. 311 u. 351. Vgl. auch Hasenöhrl, II, § 74, A. 12.

[15]) Eigentum, S. 351.

[16]) Redl. Verk., S. 42 f.

beweisend. Er stellt das Prinzip auf: „Wer einen anderen in ein Verhältnis zu einer beweglichen Sache setzt oder beläßt, das ihn als Herrn oder unbeschränkten Herrn derselben erscheinen läßt, soll jenem gegenüber, der im redlichen Verkehre ihn als solchen betrachtet und nach Lage der Verhältnisse betrachten durfte, den Mangel und die Beschränkung des Rechts desselben nicht geltend machen dürfen." Daraus folgt nach Krasnopolski „sofort", daß die Anwendung des § 367 auf verbriefte Forderungen unzulässig sei. Darin ist eine petitio principii enthalten; denn es fragt sich, ob das Prinzip nicht zu eng formuliert ist. Wenn man aber den Sachbegriff des BGB. in diese Formel einsetzt, so scheint es mir sehr zweifelhaft, ob dann aus demselben nicht das gerade Gegenteil dessen folgt, was Krasnopolski beweisen will.

Wenn endlich behauptet[17]) wird, daß ein derartiger Schutz bei Forderungsrechten deshalb nicht möglich sei, weil hier der Besitz fehle, der im Sachenrechte prima facie als Recht gelte, so ist damit richtig hervorgehoben, daß der Schutz des guten Glaubens nur dann gerechtfertigt sei, wenn er sich auf eine objektive Grundlage stützt, einen äußeren Tatbestand, der den Schein des Rechtes erzeugt. Warum aber auf dem Gebiete des Obligationenrechts die Schuldurkunde nicht dieselbe Rolle zu spielen vermöchte, wie der Besitz im Sachenrechte, ist nicht abzusehen. Für unser österreichisches Recht ergibt sich die Zulässigkeit dieser Gleichstellung ohneweiters aus §§ 426 und 427.

Die Verkörperung der Forderung in der Schuldurkunde ist ja ein uralter deutschrechtlicher Gedanke und wenn die moderne Theorie auch einen Teil der hieher gehörigen Erscheinungen in den Begriff der Wertpapiere zusammengefaßt hat, so folgt daraus nicht, daß außerhalb dieses Gebietes

---

[17]) Vgl. Kohler, Lehrb., II, S. 167 und ähnlich Demelius, Pfandr., S. 361. Dagegen aber Prot. z. d. BGB., VI, 167, oben S 64.

die Triebkraft dieses Gedankens aufhöre. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die deutschrechtliche Auffassung, nach welcher die Schuldurkunde von jeher eine entscheidende Bedeutung für das Schicksal der in ihr verbrieften Forderung hatte, im Rechtsgefühle des Volkes noch heute viel tiefere Wurzeln hat, als die moderne Theorie anzunehmen geneigt ist. Wie grell wird diese Tatsache dadurch beleuchtet, daß selbst die gemeinrechtlich geschulten Verfasser des Codex Theresianus gar nicht von einer Verpfändung von Forderungen, sondern von einer Verpfändung von „Schuldbriefen, Schuldscheinen und Schuldverschreibungen" sprechen.[18]) Diese Identifizierung findet sich selbst noch im BGB. In diesem Sinne spricht § 991 von der Hingabe von Privatschuldscheinen als Darlehensvaluta[19]) und spricht ferner § 469 von der Löschung der Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern.[20])

Ich glaube daher, daß man im Geiste des Gesetzes handelt, wenn man auch für verbriefte Forderungsrechte den in § 427 und 452 gelegenen Gedanken durch analoge Heranziehung des § 367, 3, zu präzisieren sucht. Daraus ergibt sich aber, daß derjenige, welcher im guten Glauben an den im Besitze der Schuldurkunde gelegenen äußeren Tatbestand eine bestehende Forderung erwirbt, in seinem Vertrauen geschützt ist, wenn jener äußere Tatbestand nicht wider Willen des wahren Berechtigten zu stande gekommen ist. Hat also etwa der Gläubiger A die Schuldurkunde dem B in Verwahrung gegeben, und dieser zediert auf Grund derselben die Forderung

---

[18]) III, 7, n. 42: Unter die beweglichen Dinge, die verpfändet werden mögen, gehören auch Schuldbriefe, Schuldscheine und Schuldverschreibungen.

[19]) Es ist kein Grund vorhanden, § 991 auf Wertpapiere zu beschränken. Zeiller (zu § 991) gebraucht abwechselnd die Ausdrücke „Privatschuldschein" und „Privatforderung"; vgl. aber Schey, Obl., I, S. 62.

[20]) Vgl. auch § 1379, der ausdrücklich hervorheben zu müssen glaubt, daß in der Ausstellung eines neuen Schuldscheines keine Novation gelegen sei.

an den gutgläubigen C, so ist C Gläubiger geworden. Erst durch diese Formulierung ergibt sich ein konsequenter Abschluß des in § 427 gelegenen Vertrauensprinzipes. Denn unser Fall liegt im wesentlichen nicht anders als der der Doppelabtretung, bei welcher die Schuldurkunde in den Händen des Zedenten, der nicht mehr Gläubiger ist, zurückgeblieben ist.

Im übrigen darf freilich nicht übersehen werden, daß beim Funktionieren des Erwerbsschutzes auf dem Gebiete des Obligationenrechts Umstände von Bedeutung sein können, die beim fahrnisrechtlichen Verkehrsschutze nicht oder nur ausnahmsweise in Betracht kommen. In dieser Beziehung ist insbesondere von Wichtigkeit, daß der Schuldschein meist den Namen des ursprünglichen Gläubigers enthält. Darin liegt ein Moment, welches geeignet sein kann, den guten Glauben des Erwerbers auszuschließen. Eine analoge Sachlage kann sich auch beim fahrnisrechtlichen Verkehrsschutz in Fällen ergeben, wo etwa jemand ein Buch kauft, in dem ein fremder (von dem des Verkäufers verschiedener) Name steht. Daß deswegen aber ein Schutz des Erwerbers von vornherein ausgeschlossen sei, wird niemand behaupten wollen. Der Name im Buch wie im Schuldscheine kann ebensogut auf den richtigen, wie auf den gewesenen Eigentümer, bezw. Gläubiger hinweisen. Alles kommt hier darauf an, ob die Sachlage des konkreten Falles so geartet ist, daß der Erwerber den Besitzer des Buches, bezw. der Urkunde ohne Fahrlässigkeit für den Berechtigten halten durfte.[21]) Es ist gewiß aber durchaus nicht notwendig, daß die Schuldurkunde den Namen

---

[21]) Es ist daher nicht zutreffend, wenn Demelius (Pfandr., S. 361, A. 115) behauptet, der Besitz eines Schuldscheines könne deshalb nicht als Grundlage für den Schutz des gutgläubigen Erwerbes in Betracht kommen, weil in demselben der richtige Gläubiger genannt sei. Abgesehen davon, daß der Gläubiger überhaupt nicht genannt zu sein braucht, ist schon die Folge einer Zession die, daß der Schuldschein nicht mehr den richtigen Gläubiger enthält.

des ursprünglichen Gläubigers enthält[22]) und in Fällen, wo von vornherein eine Zirkulation der Forderung in Aussicht genommen ist, kommt das nicht selten vor, meist in Verbindung mit der Vereinbarung, daß der Schuldner dem Präsentanten der Urkunde zu zahlen habe.[23])

In voller Übereinstimmung mit dieser Publizitätsfunktion der Schuldurkunde und nur aus ihr verständlich ist die Bestimmung des § 1428:

> Ist der Schuldschein, welcher (dem Schuldner bei der Zahlung) zurückgegeben werden soll, in Verlust geraten, so ist der Zahlende berechtigt, Sicherstellung zu fordern, oder den Betrag gerichtlich zu hinterlegen und zu verlangen, daß der Gläubiger die Tötung des Schuldscheines der Gerichtsordnung gemäß bewirke.

Dem Schuldner so weitreichende Sicherungsmaßregeln an die Hand zu geben und sogar die Amortisation des Schuldscheines zuzugestehen, wäre völlig sinnlos, wenn der Schuldschein wirklich nur die Bedeutung hätte, die ihm die herrschende Lehre einräumt.[24]) Vom hier vertretenen Standpunkte aus

---

[22]) Über die Bedeutung des § 1001 vgl. Schey, Obl., I. S. 161 f.

[23]) Das kommt vielfach bei herumziehenden Verkaufskommissionären und Agenten vor. Der Verkäufer läßt sich ein Schuldbekenntnis ausstellen, in welches meist der Name des Gläubigers nicht aufgenommen wird (der Verkäufer hat ab und zu gute Gründe anonym zu bleiben) und es wird vereinbart, daß der Käufer dem Präsentanten des Papiers zu zahlen habe. Der Verkäufer läßt sich dann dieses Schuldbekenntnis von meistens inoffiziellen „Bankiers" am Wohnorte des Schuldners eskomptieren und dieser präsentiert das Schuldbekenntnis nach Verfall dem Schuldner.

[24]) Die herrschende Lehre ist daher genötigt, den Schlußsatz des § 1428 ganz willkürlich auf Wertpapiere zu beschränken; das ist wie K. Adler (Grünh. Zeitschr., 26, S. 23) richtig bemerkt, keine Auslegung, sondern eine Auflehnung gegen das Gesetz. Was Krainz (II, § 346, A. 6) vorbringt, ist nichts weniger als beweisend; ein Mortifikationsschein kann im § 1428 nicht gemeint sein, weil auf die gerichtliche Amortisation verwiesen ist. Im übrigen ist durch die Verweisung auf die Gerichtsordnung nur gesagt, daß hinsichtlich des Verfahrens, des Gerichtsstandes usw. die

hat aber der Schuldner allerdings ein dringendes Interesse an der Rückstellung oder Tötung des Schuldscheines, denn derselbe kann vor der Zahlung durch eine weitere Zession in die Hände eines gutgläubigen Dritten gelangt sein und die Zahlung an einen anderen als diesen würde ihn nicht befreien.

Der Schuldschein bildet demnach einem gutgläubigen Erwerber gegenüber den äußeren Tatbestand der Gläubigereigenschaft. Er ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn die Voraussetzungen des § 367, 3, gegeben sind. Ob die Schuldurkunde sich im internen Verhältnisse als Dispositiv- oder Beweisurkunde darstellt, ist für die Publizitätswirkungen der Urkunde selbstverständlich ohne Bedeutung.

Wir haben bisher die Publizitätsfunktion der Urkunde nur nach einer Richtung hin ins Auge gefaßt, u. zw. insofern, als sie als äußerer Tatbestand der Gläubigereigenschaft in Betracht kommt. Die Urkunde repräsentiert jedoch einen äußeren Tatbestand auch hinsichtlich des Inhaltes des in ihr verbrieften Rechtsgeschäftes und es muß daher die Frage aufgeworfen werden, ob und inwieweit auch der gute Glaube an den Inhalt dieses äußeren Tatbestandes einen Schutz genießt.

gesetzlichen Vorschriften über die Amortisation zur Anwendung kommen („der Gerichtsordnung gemäß bewirke"); nicht aber ist die Frage ob Schuldscheine amortisierbar seien, in die Gerichtsordnung verwiesen; diese ist durch § 1428 mit aller Klarheit erledigt. Es ist daher auch ganz gleichgültig, ob eine Gerichtsordnung, welche von der Amortisation von „Urkunden" spricht, erkennen läßt, ob auch der Schuldschein unter diese Urkunden falle. Für das geltende Recht besteht die einzige Schwierigkeit darin, daß hinsichtlich gewisser Fragen des Amortisationsverfahrens nur Sonderbestimmungen für einzelne Gattungen von Urkunden bestehen. In diesen Fällen sind die Bestimmungen für die nächstverwandten Gruppen heranzuziehen, also das Gesetz vom 3. Mai 1868, RGBl. Nr. 36. Für die Frage des Gerichtsstandes kommt die allgemeine Norm des § 115, Abs. 4, JN. zur Anwendung.

Zunächst glaube ich keinen Widerspruch befürchten zu müssen, wenn ich annehme, daß dem gutgläubigen Zessionar, dem die verbriefte Forderung unter Übergabe der Urkunde abgetreten wird, die Einwendung der Simulation nicht entgegengesetzt werden kann. Gewöhnlich wird ja sogar ganz allgemein behauptet, daß ein Scheingeschäft gegenüber gutgläubigen Dritten als wahr angenommen werden müsse.[25]) Daß es jedoch mangels einer Verkörperung des simulierten Rechtsgeschäftes an jedem Grunde fehlt, den Dritten zu schützen, wurde bereits oben[26]) ausgeführt.[27]) Im übrigen ist die Notwendigkeit des Schutzes des gutgläubigen Dritten gegen die Einrede der Simulation für unser Rechtsgefühl so selbstverständlich, daß man sich kaum mehr um eine ausreichende Begründung aus dem Gesetze bemüht.

Nicht zutreffend ist zunächst die Berufung auf § 869 a. E.[28]): „Wer sich, um einen andern zu bevorteilen, undeutlicher Ausdrücke bedient oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugtuung." Die Genugtuung könne nun auch durch Rückversetzung in den vorigen Stand geschehen (§ 1323) und daraus folge, daß das Scheingeschäft dem gutgläubigen Dritten gegenüber gültig sei. Daß die Rückversetzung in den vorigen Stand zur Folge haben soll, daß ein nichtiges Rechtsgeschäft zu einem relativ gültigen wird, ist doch eine

[25]) So schon die gemeinrechtliche Lehre und für das österr. Recht Krainz, I, § 105; Hasenöhrl, I. § 43, S. 576.

[26]) S. 61 ff.

[27]) Auch Pfersche, Irrtumslehre, S. 17, 67 f. und 107 ff., stellt das Erfordernis der Objektivierung des Scheingeschäftes in einer Urkunde nicht auf, obwohl er gelegentlich Wendungen gebraucht, aus denen hervorgeht, daß er diesem Momente Gewicht beilegt. Vgl. auch Entsch., GlU., 827, Burckhard, II, § 92, A. 15 und Schiffner, Lehrb., 5, S. 44; Hasenöhrl a. a. O. behauptet, die Simulation (als solche?) erzeuge dritten Personen gegenüber „den Schein, daß der aus dem bekanntgegebenen Teile des Tatbestandes (?) sich ergebende Vertrag geschlossen worden" sei.

[28]) So Krainz a. a. O.

zu verblüffende Konsequenz, als daß man sich mit dieser Begründung zufriedengeben könnte.[29]) Auch die Heranziehung des § 1396[30]) ist nicht stichhältig. Wenn das Gesetz bestimmt, daß der Schuldner, welcher die Forderung gegenüber dem redlichen Erwerber als richtig anerkennt, verbunden sei, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen, so folgt daraus auch im Wege der Analogie noch nicht, daß dasselbe gelte für den Schuldner, der eine Urkunde ausgestellt hat.[31]) Die Verpflichtung des Schuldners nach § 1396 ergibt sich aus einem Willensakte desselben, der Anerkennung.[32]) Eine solche ist aber in der Ausstellung einer Schuldurkunde nicht gelegen, weder dem alten, noch dem neuen Gläubiger gegenüber (vgl. § 1379).[33]) Außerdem würde sich aus der analogen Anwendung des § 1396 auf den Fall der Ausstellung einer Schuldurkunde viel zu viel ergeben; denn dadurch wäre dem Schuldner nicht nur die Einrede der Simulation, sondern auch alle anderen Einreden aus dem Schuldverhältnisse abgeschnitten. Der ganzen Argumentation liegt derselbe verfehlte Gedanke zu Grunde, welcher uns schon in den Protokollen zum deutschen BGB. entgegengetreten ist[34]), nämlich der, daß in der Ausstellung einer Urkunde eine an den Dritten gerichtete Willenserklärung gelegen sei.

---

[29]) Falls man die Berufung auf § 869 a. E. akzeptieren wollte, so ergibt sich daraus doch, daß der Abschluß des Scheingeschäftes an sich nicht genügen kann, um den Vertrag auch zu ungunsten des Schuldners als gültig zu erklären. Die Voraussetzung, daß der Schuldner dem Dritten gegenüber culpos gehandelt hat liegt gewiß nur dann vor, wenn er durch Ausstellung einer Schuldurkunde die Täuschung des Dritten ermöglicht hat.

[30]) Vgl. Pfersche a. a. O., S. 110.

[31]) Nur für diese Fälle ist die Analogie aus § 1396 überhaupt denkbar.

[32]) Vgl. Krainz, II, § 331 i. f., I, § 162; Hasenöhrl, II, § 74, S. 209.

[33]) Dazu Schey, Obl., I, S. 171.

[34]) Vgl. oben S. 72 u. 83 f.; nicht jedoch im Falle des § 405 d. BGB.

Ganz dasselbe gilt hinsichtlich der Behauptung, daß die Scheinerklärung Dritten gegenüber vorläufige Gültigkeit habe und nur auf Grund der Irrtumsregeln bestritten werden könne.[35]) Darin steckt wieder die Annahme einer Willenserklärung gegenüber dem Dritten; denn wie wollte man die Irrtumsregeln ohne eine Willenserklärung zur Anwendung bringen? Welchen Inhalt sollte aber die an den Dritten gerichtete Willenserklärung haben? Ich wüßte, um zu einem halbwegs entsprechenden Resultate zu kommen, keine andere, als daß der Dritte das Scheingeschäft als nicht simuliert betrachten solle. Daß das eine willkürliche Zurückführung des zu beweisenden Rechtssatzes auf den Willen des Schuldners wäre, ist offensichtlich. Aber auch die praktischen Konsequenzen dieser Auffassung sind unhaltbar. Wenn der Zessionar schlechtgläubig ist, also von der Simulation gewußt hat, so wäre der Schuldner, um die Wirkungen seiner „Willenserklärung" zu beseitigen, genötigt, die Erklärung wegen Irrtums anzufechten. Es müßte ferner für die Bestreitung die dreijährige Frist des § 1487 zur Anwendung kommen. Da diese Frist nach der herrschenden Ansicht[36]) vom Zeitpunkte des Vertragsabschlusses, bei einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften vom Zeitpunkte des Zugehens der Willenserklärung zu laufen beginnt und ferner zu der Zession eine Verständigung des Schuldners nicht erforderlich ist, so ist es sehr leicht möglich, daß die Bestreitungsfrist gegenüber dem schlechtgläubigen Zessionar verstrichen ist, bevor der Schuldner überhaupt von der Zession Kenntnis erlangt.

Die Irrtumslehre kann allerdings zur Begründung des Rechtssatzes herangezogen werden, daß demjenigen, der im Vertrauen auf die Schuldurkunde eine Forderung erwirbt,

---

[35]) Pfersche a. a. O., S. 17.

[36]) Vgl. Krainz, I, § 117, A. 12 und die dort angeführten; ferner Pfersche a. a. O., S. 139; Hasenöhrl, II, § 102, S. 626; dagegen Entsch., GlU., 3375.

die Einwendung der Simulation nicht entgegengesetzt werden kann, aber in ganz anderer Weise als durch Vermittlung einer Willenserklärung. Auch die Irrtumslehre des BGB. ist auf demselben Gedanken aufgebaut, dem wir im Fahrnisrechte sowie bei dem Erwerbe verbriefter Forderungen begegnet sind, und das ist für die Ausgestaltung des dort hervorgehobenen Prinzipes von größter Wichtigkeit. Während im deutschen BGB. und in anderen neueren Gesetzgebungen die Regelung des Verhältnisses zwischen Willen und Erklärung insbesondere der Irrtumslehre einem sachgemäßen Ausbau des modernen Vertrauensschutzes hemmend in den Weg tritt, haben wir gerade in den Irrtumsregeln des BGB. eine Stütze für die Annahme, daß es sich hier um einen die ganze Rechtsordnung durchziehenden Gedanken handle. Denn in diesen Normen tritt die Auffassung zu Tage, daß sich bei Verkehrsgeschäften der Kontrahent an den äußeren Tatbestand der Willenserklärung halten dürfe, daß zu Gunsten des gutgläubigen Erklärungsempfängers das Geäußerte als wahrer Ausdruck des internen Willens gelte.[37])

Diese tiefgreifenden Analogien berechtigen uns, den dem Verkehrsschutze zu Grunde liegenden Gedanken auch in Fällen zur Anwendung zu bringen, wo es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung fehlt, freilich auch nur innerhalb jener Schranken, welche den Verkehrsschutz überhaupt begrenzen. Wir dürfen daher annehmen, daß es im Sinne des Gesetzes gelegen ist, denjenigen zu schützen, der im Vertrauen auf den in der Urkunde gelegenen äußeren Tatbestand Rechte erwirbt, daß jedoch dieser Schutz nur eintritt bei ent-

[37]) Vgl. dazu G. Hartmann, Iherings Jahrb., 20, S. 70 ff.; Hasenöhrl, Obl. R., I, § 43 ff.; Pfersche a. a. O., S. 14 ff., 102 ff., 129 ff., 166, 234 ff.; Burckhard, II, § 92 ff.; Krainz, I, § 105, 106; Schiffner, § 121; Zeiller zu § 875 und 876; Unger, Handeln auf eigene Gefahr, N. IV; Randa, Eigentum, S. 272 ff.; Wlassak, GZ., 1902, Nr. 9 a. E.; Ofner, Grünh. Zeitschr. 17, S. 331 ff.

geltlichem Erwerbe und ferner nur dann, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun dessen entstanden ist, dem er zum Nachteile gereicht. Daraus folgt weiter, daß von einem Schutze des Zessionars nur dort die Rede sein kann, wo der Schuldner einen äußeren Tatbestand des Vertrages geschaffen hat, der das Vertrauen des Dritten zu rechtfertigen vermag. Das wird im allgemeinen nur zutreffen, wenn eine Urkunde über den Vertrag errichtet wurde.[38]) Wer etwa auf Grund bloßer Behauptungen des Gläubigers die angebliche Forderung erwirbt, der mag sich wegen seines getäuschten Vertrauens an diesen halten. Dafür, dieses leichtfertige Vertrauen auf Kosten des Schuldners zu schützen, der seinerseits nichts dazu getan hat, um die Täuschung des Dritten zu ermöglichen, fehlt es an jeglichem Grunde.

Läßt sich nun unter dieser Voraussetzung der Schutz des gutgläubigen Dritten gegenüber der Einrede der Simulation vertreten, so muß die Frage aufgeworfen werden: Tritt dieser Schutz nur gegenüber der Einrede der Simulation ein? und wenn nicht, wo ist die Grenze des Schutzes des Vertrauens auf die Urkunde zu suchen?

Einen Anhaltspunkt für die Lösung dieser Frage bietet das BGB. im § 887:

> Wenn über einen Vertrag eine Urkunde errichtet worden; so ist auf vorgeschützte mündliche Verabredungen, welche zugleich geschehen sein sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen, oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen.

Man mag diese Bestimmung, insbesondere in Fällen, wo es sich um bloße Beweisurkunden handelt, im Verhältnisse zwischen den Vertragsparteien für zu schroff

---

[38]) Es lassen sich freilich auch andere Konstellationen denken; es hat z. B. der Vertragsabschluß vor dem Dritten stattgefunden. Praktische Bedeutung haben diese Fälle nicht.

halten und über sie hinwegzukommen suchen[39]), im Interesse des gutgläubigen Dritten wird man sich mit Fug darauf berufen können, daß die Urkunde nach der Auffassung des Gesetzes den vollständigen Vertrag wiedergibt. Dadurch gelangt man freilich zu einer zwiespältigen Anwendung einer Gesetzesbestimmung, welche dem Theoretiker schwerer fällt als dem Praktiker, der sich im konkreten Falle zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers ohneweiters auf dieselbe zu berufen vermag. Ich glaube aber, daß eine derartige differentielle Behandlung einer Rechtsnorm einem Gesetze gegenüber, wie es unser BGB. ist, auch theoretisch zulässig ist. Das BGB. enthält insbesondere in der Vollmachtlehre Bestimmungen, die ganz zweifellos im internen Verhältnisse anders auszulegen sind, als im Verhältnisse nach außen. Ich verweise vorläufig auf die Bestimmung des § 1030. Die Vermutung, daß diejenigen Angestellten, denen der Geschäftsherr den Warenverkauf im Laden gestattet hat, bevollmächtigt seien, die Bezahlung in Empfang zu nehmen, hat nach innen lediglich die Bedeutung einer Interpretationsregel für den Vollmachtumfang, im Verhältnisse zu Dritten aber kann diese Vermutung nicht durch einfachen Gegenbeweis entkräftet werden.

Ein verschiedenes Funktionieren des im § 887 enthaltenen Rechtssatzes gegenüber dem Kontrahenten einerseits und dem gutgläubigen Erwerber der Forderung andrerseits, würde sich auch von dem Standpunkte aus ergeben, welchen Krainz hinsichtlich des § 887 einnimmt. Nach seiner Auffassung[40]) liegt in dieser Bestimmung eine „materielle Formvorschrift“,

[39]) Vgl. Hruza, Novation, S. 82; Hasenöhrl, D. R., I, S. 684 ff.; Scheyh, Obl., I, S. 159, A. 3; Tilsch, GZ., 1899, Nr. 52, S. 412; für das Pr. L. R., Dernburg, I, S. 208 ff. Dagegen halten an der gesetzlichen Bestimmung im wesentlichen fest Krainz, II, § 314 i. f.; Neumann-Ettenreich, GZ., 1903, Nr. 8; Stubenrauch zu § 887; Zeiller l. c.

[40]) I, § 157 a. E.

der jedoch eine exceptio doli generalis entgegensteht, wenn der „Klageberechtigte Treu und Glauben dadurch verletzt, daß er Rechte aus einem schriftlichen Vertrage, ohne Erfüllung seiner eigenen mündlichen Zusicherungen geltend macht". Daß eine derartige exceptio doli generalis dem gutgläubigen Zessionar nicht entgegengestellt werden könnte, scheint mir sicher zu sein. Man mag nun dieser Argumentation zustimmen oder nicht — ich gehöre zu den letzteren —, jedenfalls führt sie zu derselben verschiedenartigen Behandlung des § 887 im Verhältnisse nach innen und nach außen.

Aus der Anwendung des § 887 auf unsere Frage ergibt sich, daß der Inhalt der Urkunde eine objektive Grundlage für den guten Glauben des Dritten insofern zu bilden vermag, als ihm gegenüber die Urkunde allein hinsichtlich des ursprünglich geschlossenen Vertrages maßgebend ist. Einwendungen aus Nebenverabredungen, welche vor oder bei Verfassung der Urkunde geschehen sind, können ihm nicht entgegengehalten werden.

Daß ich mich mit dieser Publizitätsfunktion des Urkundeninhaltes in voller Übereinstimmung befinde mit der Auffassung, welche die Redaktoren über die Bedeutung der Schuldurkunde hatten, möge folgende Episode beweisen, die sich bei der Beratung des § 1428 abgespielt hat.[41]) Zu § 582, III, des Urentwurfes, welcher bestimmte, daß der Gläubiger verpflichtet sei, dem zahlenden Schuldner den Schuldbrief zurückzugeben, oder allenfalls die abgeführte Summe auf dem Schuldbriefe selbst abschreiben zu lassen, bemerkte Zeiller, er möchte hier die nachteiligen Folgen der unterlassenen Zurückforderung des Schuldscheines beisetzen und sagen:

> Besitzt der Gläubiger von dem Schuldner einen Schuldbrief, so muß der Schuldner außer der Quittung auch die

[41]) Prot., II, S. 254 u. 583. Auf diese Stellen hat schon Ofner, Grünhuts Zeitschr., 17, S. 344, aufmerksam gemacht. Das Vorbild für Zeillers Vorschlag ist §§ 396 u. 397, I, 11 des preußischen Landrechtes.

Zurückgabe des Schuldscheines, oder allenfalls die Abschreibung der abgeführten Summe auf dem Schuldscheine verlangen; widrigenfalls kann er sich gegen einen dritten redlichen Inhaber des Schuldscheines nicht schützen.

Dieser Bestimmung, die der Form nach wie etwas Selbstverständliches vorgebracht wurde, stimmten alle Kommissionsmitglieder bis auf eines (Orlandini) zu. Bei der Superrevision äußerte auch Pratobevera Bedenken gegen diesen Rechtssatz und Zeiller erklärte, daß er jenen Vorschlag deshalb gemacht habe, um Bevorteilungen des Zessionars vorzubeugen, daß er jedoch die Wichtigkeit der Gegengründe nicht verkenne und sich der Auffassung Pratobeveras auf Weglassung jener Bestimmung nunmehr anschließe. Die Streichung jenes Beisatzes zu Gunsten des gutgläubigen Zessionars wurde dann mit 3 gegen 2 Stimmen (Pfleger und v. Haan) beschlossen.

Aus diesem Zwischenfalle ist klar ersichtlich, daß unter den Redaktoren eine starke Tendenz bestand, die Publizitätsfunktion des Urkundeninhaltes noch viel weiter auszudehnen, als ich sie aus § 887 folgere. Nach der vorgeschlagenen Bestimmung wären sogar nachträglich eingetretene Tatsachen, welche den Bestand und Umfang des Schuldverhältnisses beeinflussen (Zahlung, Teilzahlung), dem gutgläubigen Zessionar gegenüber unwirksam gewesen. Es ist gewiß erfreulich, daß jener Beisatz nicht Gesetz wurde. Bei dem damaligen und heutigen Stande der Verkehrsgewohnheiten wäre eine solche Bestimmung nicht zu rechtfertigen.[42]) Das eine aber wird man aus dem Vorschlage Zeillers und dessen Schicksal ohneweiters schließen dürfen: wenn den Redaktoren die Frage vorgelegen wäre, ob dem gutgläubigen Zessionar Einwendungen aus Nebenverabredungen entgegengesetzt werden können, welche vor oder bei Errichtung der Urkunde getroffen, aber in dieselbe nicht aufgenommen wurden, so hätten sie

[42]) Vgl. oben S. 65 f.

diese Frage gewiß verneint. Damit wird von den Vertragsparteien auch keine Diligenz gefordert, welche mit der Verkehrsauffassung im Widerspruche steht. Daß das, was verbrieft ist, den Vertrag vollständig enthält, darf man von den Kontrahenten allerdings verlangen, zumal in Fällen, wo es sich um verkehrsfähige Forderungen handelt.

Die Schuldurkunde bildet demnach nach zwei Richtungen hin die objektive Grundlage für den Vertrauensschutz des Erwerbers: einerseits hinsichtlich der Gläubigereigenschaft (§§ 427, 452, 367, 3) und andrerseits hinsichtlich des Urkundeninhaltes, indem der Erwerber gegen die Einwendung der Simulation und gegen Nebenverabredungen im Sinne des § 887 geschützt ist. Eine weitere Publizitätswirkung kommt der Schuldurkunde nicht zu. Es können daher dem gutgläubigen Zessionar entgegengehalten werden Vereinbarungen, welche nach Ausstellung der Urkunde getroffen wurden, sowie auch Umstände, welche eine nachträgliche Veränderung oder Aufhebung der Obligation bewirken. Dem Zessionar gegenüber kann natürlich auch geltend gemacht werden die Ungültigkeit des Vertrages wegen Irrtum, Drohung, Betrug. Weitere Schranken ergeben sich aus der Analogie, aus welcher wir die Publizitätsfunktion des Urkundeninhaltes erschlossen haben. Der Schutz tritt nicht ein bei unentgeltlichem Erwerbe, er tritt ferner nicht ein, wenn die Urkunde, die dem guten Glauben des Dritten als Grundlage dient, dem Schuldner wider Willen abhanden gekommen ist.

Innerhalb dieses Rahmens ist es möglich, daß jemand eine Forderung erwirbt, welche dem Vormanne nicht zustand, oder daß er ein besseres Recht erwirbt, als der Vormann hatte. Diese Erscheinungen stehen zu dem Grundsatze des § 1394 in demselben Verhältnisse, wie die sachenrechtlichen Schutznormen zu dem in § 442 a. E. ausgesprochenen Prinzip.

III. Die offene Vollmacht und die Vollmachtvermutungen des BGB.

Bevor auf die in der Überschrift angedeuteten Fragen eingegangen werden kann, muß wenigstens in den Grundzügen die Vollmachtlehre des BGB. und ihre Stellung zur modernen Vollmachttheorie klargestellt werden. Es handelt sich dabei für mich lediglich darum, einen genügend tragfähigen Boden für die weitere Erörterung zu gewinnen, und das ist, wie ich glaube, auch ohne tiefgreifende theoretische Untersuchungen möglich.

Die eingehende Bearbeitung der Rechtsinstitute der Stellvertretung und Vollmacht, zu welcher das deutsche BGB. den Anstoß gegeben hat, hat meiner Ansicht nach vor allem das eine sichere Resultat ergeben, daß es eine alleinseligmachende Lehre in dieser Hinsicht nicht gibt, mit anderen Worten, daß die hieher gehörigen Erscheinungen in der verschiedensten Weise konstruiert werden können und daß insbesondere die Rechtssätze über die Vollmacht nicht mit zwingender Notwendigkeit aus der Natur der Sache abgeleitet werden können. Für die österreichische Zivilistik wird sich daraus die Folgerung ergeben, daß kein Grund vorhanden ist, von der im Gesetze niedergelegten Auffassung weiter abzugehen, als dies im Interesse theoretischer Klarheit geboten ist und als etwa ein dringendes praktisches Bedürfnis ein Abgehen unausweichlich erscheinen läßt.

Von diesem Standpunkte aus wird man zunächst unbedenklich die theoretische Scheidung von Vollmacht und Auftrag auch für das österreichische Recht akzeptieren dürfen,

obwohl das BGB. diese Begriffe nicht scharf auseinanderhält.[1]) Dieses Zusammenwerfen von Auftrag und Vollmacht tritt übrigens erst im BGB. auffallend zu Tage. Noch im Urentwurfe stehen Empfehlungsvertrag (Mandat) und Vollmacht als selbständige Rechtsinstitute nebeneinander.[2]) Erst auf Zeillers Antrag wurde das Handeln im fremden Namen als Begriffsmerkmal in dem nun neugetauften „Bevollmächtigungsvertrag" aufgenommen und dadurch eine Vermischung der beiden Rechtsinstitute herbeigeführt.[3])

Die herrschende Theorie versteht unter Vollmacht die rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht (§ 166, Abs. 2, d. BGB.). Für das österreichische Recht besteht kein Grund, den Begriff der Vollmacht auf die gewillkürte Erteilung von Vertretungsmacht zu beschränken. Das Gesetz spricht auch

---

[1]) So auch die neuere Lehre im österr. Recht allerdings, nicht durchweg in demselben Sinne; vgl. Krainz, I, § 123; Stubenrauch zu § 1002, III; Burckhard, II, S. 418; Schiffner, Lehrb., § 120, A. 27.

Eine Neubelebung der alten Lehre versucht neuerdings Dniestrzanski, Die Aufträge zu Gunsten Dritter, Bd. I, 1904. Ich halte diesen Versuch für wenig aussichtsreich; (vgl. dagegen auch Kipp, Zeitschr. für HR., 57, S. 217 ff.). Auf die historischen Ausführungen Dniestrzanskis wird noch zurückzukommen sein.

[2]) Vgl. U. E., III, § 102. Unentgeltliche Dienstleistungen finden vorzüglich statt, wenn jemand fremde Geschäfte besorgt oder fremde Sachen in Verwahrung nimmt. Hat nun ein Teil diese Bemühung versprochen und der andere das Versprechen angenommen, so ist dadurch im ersten Falle ein Empfehlungsvertrag, im zweiten aber ein Hinterlegungsvertrag entstanden.

§ 106. Das Recht im Namen eines andern etwas zu tun, heißt Vollmacht. Insbesondere versteht man unter Vollmacht die Urkunde, wodurch dieses Recht erteilt wird.

§ 466. Die Vollmacht hat die nämlichen Wirkungen: sie mag durch einen Empfehlungsvertrag ohne Entgelt oder durch einen Dingungsvertrag gegen Entgelt gegeben oder übernommen worden sein. Wer einem andern die Gewalt, etwas in seinem Namen zu tun, rechtmäßig übertragen hat, wird dafür angesehen, als wenn er es selbst getan hätte. Vgl. auch § 116 a. a. O.

[3]) Prot., II, S. 44 ff. Die auffallende Unklarheit in den Beratungen zeigt am besten, daß es sich hier um einen theoretischen Rückschritt handelt.

von gerichtlicher und von gesetzlicher Bevollmächtigung (vgl. Marginalrubrik zu § 1034).[4]) Im übrigen kann der moderne Vollmachtbegriff auch für die österreichische Dogmatik verwertet werden. Im Sinne der modernen Lehre knüpft schon der Urentwurf die direkten Wirkungen gegen den Vertretenen an die Übertragung der „Gewalt, etwas in seinem Namen zu tun" und definiert die Vollmacht als „das Recht, im Namen eines anderen etwas zu tun".[5]) Daneben stellte der Urentwurf die volkstümliche Bedeutung der Vollmacht: „insbesondere versteht man unter Vollmacht die Urkunde, wodurch dieses Recht erteilt wird".[6]) Dieselbe theoretische Auffassung tritt uns auch bei den Beratungen entgegen. Zeiller führt aus[7]): „Das Charakteristische der Vollmacht bestehe darin, daß er (der Bevollmächtigte) im Namen des Machtgebers als dessen Repräsentant auch mit anderen Personen Geschäfte schließen kann." Jedoch wurde beschlossen, die Definition der Vollmacht ihres „bloß doktrinellen Inhaltes" wegen nicht in den § 1005 BGB. aufzunehmen[8]); dort blieb nur die volkstümliche Deutung stehen.[9])[10]) Mit dem modernen Voll-

---

[4]) Vgl. dazu Prot., II, S. 206 f., 57, 171, 179.

[5]) Vgl. § 466 u. 106, III, oben Anm. 2.

[6]) Vgl. E. Martini, III, 4, § 5: besonders aber wird andurch die Urkunde, aus welcher man dieses Recht ersieht, angedeutet.

[7]) Prot., II, 44.

[8]) Prot., II, 46.

[9]) Aus der Entstehungsgeschichte des § 1005 ergibt sich auch, daß kein Grund vorliegt, den Begriff der Vollmacht nach österr. R. auf die schriftlich erteilte Vollmacht zu beschränken, wie dies Krainz, I, § 123 zu A. 3 und Stubenrauch zu § 1005, II, tun.

Krainz, § 123, definiert die Vollmacht als „Ermächtigung" im Namen eines anderen zu handeln, legt also in dem Vollmachtbegriff nicht nur das Können, sondern auch das Dürfen hinein; vgl. dagegen besonders Hupka, Vollmacht, S. 19 ff.

[10]) In der Darstellung der Kodifikationsgeschichte des Bevollmächtigungsvertrages bei Dniestrzanski a. a. O. finden sich einige Mißver-

machtbegriffe im Einklange stehen insbesondere auch die Bestimmungen der §§ 1017, Satz 1, und 1018. In dem letzteren tritt auch die Vollmacht als selbständiges Rechtsinstitut neben dem Auftrage klar hervor.[11])

Zur Begründung der rechtsgeschäftlichen Vollmacht genügt nach österreichischem Rechte — und in diesem Punkte muß von der modernen Lehre abgegangen werden — ein einseitiger Rechtsakt des Vollmachtgebers nicht, es bedarf

---

ständnisse und übersehen. So behauptet er (I, S. 310), daß der Entw. Horten gegenüber dem Cod. Ther. eine Neuerung insofern enthalte, als nach dem Entw. Horten der Dritte das Wahlrecht habe, gegen den Machtgeber oder den Machthaber Klage zu führen. Ganz dasselbe bestimmt aber wortdeutlich der Cod. Ther. in nr. 33 ff. und 68 f., III, 18; vgl. dazu meine Versio in rem, S. 18, A. 3, S. 49. Auf Seite 310 f. behauptet D. ferner, daß „die Besorgung fremder Geschäfte" im Entw. Martini, III, 4, § 1, „natürlich" dahin zu verstehen sei, daß „Handeln anstatt des Machtgebers und in seinem Namen" Voraussetzung des Empfehlungskontraktes sei. Als Beweis dafür aber führt er an, daß in § 5 l. c. gesagt ist, „das Recht im Namen eines andern etwas zu tun, heißt Vollmacht". Daraus schließt D. ohne weiters, daß das Handeln im fremden Namen ein Requisit des Mandates sei. Vgl. dagegen auch die oben A. 2 abgedruckten Stellen des U. E., die sich schon im Entw. Martini finden. Wenn man Auftrag und Vollmacht von vornherein nicht unterscheiden will, dann ist es freilich sehr einfach zu beweisen, daß die älteren Entwürfe das Wesen des Auftrages in der Stellvertretung erblicken. Derselbe gute Wille zeigt sich auch bei der Auslegung des § 1018 (a. a. O., S. 109, A. 2) aus dem D. ohne weiters schließt, daß der Auftrag auch mit einem Minderjährigen gültig geschlossen werden könne, obwohl die Bestimmung nur von der Vollmacht spricht.

[11]) Vgl. dazu die vorige Note a. E. Sehr unklar auch Stubenrauch zu § 1018. Die Bestimmung des § 1018 reicht weiter als ihr Vorbild, Pr. L. R., I. 13, § 33, da § 32 a. a. O. in das Gesetz nicht aufgenommen wurde. Nach § 1018 genügt zur Begründung des Vollmachtverhältnisses beschränkte Handlungsfähigkeit auf Seite des zu Bevollmächtigenden. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil dem Machthaber durch die Annahme der Vollmacht keine Verpflichtungen erwachsen können; vgl. § 865.

eines Vertrages.[12]) Die gegenteilige Ansicht könnte für das österreichische Recht nur vertreten werden, wenn man sich nicht nur über die theoretische Auffassung des Bevollmächtigungsvertrages, sondern auch über die Rechtssätze des BGB. hinwegsetzen wollte, die eben zum großen Teile und insbesondere hinsichtlich der Entstehung Auftrag und Vollmacht treffen wollen. Wenn wir demnach daran festhalten müssen, daß es zur Begründung der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht einer Annahme von Seite des zu Bevollmächtigenden bedürfe, so ist damit natürlich nicht gesagt, daß die Vollmacht ein obligatorischer Vertrag sei, der die Parteien zu irgend welchen Leistungen verpflichtet.[13]) Eine derartige Auffassung wäre freilich unhaltbar.

Gegen die Vollmachtbegründung durch Vertrag läßt sich auch nicht behaupten, daß allein „die Lehre vom einseitigen Akt der juristischen Natur der Bevollmächtigung" entspreche, weil dem Bevollmächtigten durch die Vollmacht „weder eine Verpflichtung noch ein Recht, sondern lediglich die Fähigkeit erwächst, durch seine Handlung eine andere Person zu berechtigen oder zu verpflichten" und „die Sphäre des Bevollmächtigten durch die Vollmacht als solche nicht im geringsten berührt wird".[14]) Diese Argumentation ist nicht zutreffend. Es ist nicht einzusehen, warum ich deshalb, weil ich durch einen Rechtsakt nur eine „Fähigkeit" erlange, es mir gefallen lassen muß, mir Fähigkeiten beilegen zu lassen, welche ich

---

[12]) Vgl. auch Krainz, I, § 123; Stubenrauch zu § 1005, II; Schiffner, Lehrb., § 120, A. 27.

[13]) So noch Laband, Zeitschr. f. HR., 10, S. 208. Die Vollmacht ist nach ihm ein Konsensualkontrakt, durch welchen die Kontrahenten sich gegenseitig verpflichten, daß Rechtsgeschäfte, welche der eine Kontrahent (der Bevollmächtigte) namens des andern (des Vollmachtgebers) abschließen wird, ihrer Wirkung nach so angesehen werden sollen, als hätte sie der letztere selbst abgeschlossen. Dagegen mit Recht Hupka a. a. O., S. 86 f.

[14]) So Hupka a. a. O., S. 88 f.

nicht haben will. Wenn mir auch durch ein Zeitungsinserat, zufolge dessen mich der Fahrradhändler X als seinen Generalbevollmächtigten erklärt, für mich nur „Fähigkeiten" erwachsen, kann ich gewiß ein Interesse daran haben, Bevollmächtigter des Fahrradhändlers nicht zu sein. Daß aber durch die Möglichkeit einer einseitigen Vollmachterteilung die Interessensphäre des Bevollmächtigten in noch viel handgreiflicherer Weise tangiert wird, hat Schloßmann[15]) überzeugend nachgewiesen. Der Bevollmächtigte kommt auch als Erklärungsempfänger Dritten gegenüber in Betracht, und hat kaum ein Mittel, den fatalen Konsequenzen der ihm aufgezwungenen „Fähigkeiten" zu entgehen. Mag man also über die Frage, ob ein einseitiger oder zweiseitiger Begründungsakt der Natur der Vollmacht besser entspricht, denken wie immer, das eine wird sich nicht leugnen lassen, daß die Möglichkeit eines Bevollmächtigten wider Willen eine praktisch bedenkliche Erscheinung ist, die auch mit der natürlichen Lebensauffassung nicht im Einklange steht.

Auch die weitere Folgerung aus der „Natur der Vollmacht" ist für das österreichische Recht abzulehnen, daß die Vollmacht ein abstraktes Rechtsgeschäft sei.[16]) Die Vollmacht ist ihrem Entstehen und Bestehen nach grundsätzlich abhängig von dem ihr etwa zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. In dieser Beziehung ist ein Zweifel wohl ausgeschlossen.

Gegen die vorstehenden, im engsten Anschlusse an die Auffassung des Gesetzes gewonnenen Ergebnisse besteht nun ein gewichtiges Bedenken. Die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht wird dadurch in weitem Maße abhängig gemacht von

[15]) Stellvertretung, II, S, 429 ff.; vgl. dazu Rümelin, Arch. f. ziv. Praxis, 93, S. 294.

[16]) Vgl. dazu oben S. 79 f. Für das österr. Recht ist die Behauptung, daß die Vollmacht als abstraktes Rechtsgeschäft zu betrachten sei, meines Wissens noch nicht aufgestellt worden.

internen, für den Dritten unkennbaren Momenten, ein Bedenken, das um so schwerer wiegt, als die Vollmacht sich in erster Linie nach außen wendet und das moderne Rechtsleben ein dringendes Interesse daran hat, daß der Verkehr mit Stellvertretern nicht dadurch erschwert wird, daß die Gegenpartei die Gefahren der Vollmachtprüfung gänzlich auf sich nehmen muß. Die oben angedeutete Vollmachtlehre ist in einem modernen Rechte nur möglich, wenn zugleich für einen ausgiebigen Schutz des gutgläubigen Verkehrs Vorsorge getroffen ist. Ein derartiger Schutz besteht im österreichischen Rechte in der Tat; es greifen hier das Rechtsinstitut der offenen Vollmacht und die Vollmachtvermutungen des BGB. ein.

Die Grundzüge der Lehre von der offenen Vollmacht finden sich schon bei Grotius.[17]) Im völkerrechtlichen Verkehre scheint sich zuerst der Grundsatz als notwendig herausgestellt zu haben, daß dem Vertragsgegner eine interne Instruktion des Vollmachtgebers (mandatum arcanum) nicht entgegengesetzt werden könne, wenn die Vollmacht ihm gegenüber durch eine Urkunde in ostensibler Weise verkörpert war (mandatum apertum). Schon Grotius stützt diese Ansicht auf die Behandlung der praepositio des römischen Rechts.[18]) Aus l. 11, § 2 ff., D. 14, 3, zog man den Schluß, daß sich

[17]) De iure belli ac pacis II, 11, § 12: Et in generali praepositione accidere potest, ut nos obliget, qui praepositus est, agendo contra voluntatem nostram sibi soli significatam: «quia hic distincti sunt actus volendi: unus quo nos obligamus ratum habituros quicquid ille in tali negotiorum genere fecerit; alter, quo illum nobis obligamus ut non agat nisi ex praescripto, sibi non aliis cognito. Quod notandum est ad ea, quae legati promittunt pro regibus ex vi instrumenti procuratorii, excedendo arcana mandata.

[18]) Vgl. den Eingang der vorigen Note; ferner a. a. O., III, 22, § 4: Illud quoque ex supra (l. 2, c. 11 § 12, 13) a nobis dictis repetendum est; obligari eum, qui praeposuit etiam si praepositus fecit contra mandata arcana intra limites tamen publicae functionis. Hanc aequitatem recte secutus est praetor Romanus in institoria actione.

der Dritte auf den normalen Umfang der in der praepositio gelegenen Vollmacht verlassen dürfe, und daß interne Beschränkungen dieser Vollmacht Dritten gegenüber nur in Betracht kommen, wenn sie äußerlich kennbar gemacht sind.[19]) Diese Anlehnung der Lehre von der offenen Vollmacht an praepositio ist überaus charakteristisch. Wir finden schon hier die beiden oben genannten Rechtsinstitute des BGB. zusammengestellt, denn die Vollmachtvermutungen des BGB. beruhen unmittelbar auf der gemeinrechtlichen Theorie von der praepositio. Auch der diese beiden Gruppen von Rechtsnormen zusammenhaltende Gedanke leuchtet bereits durch: der Dritte soll sich auf den äußeren Tatbestand der Vollmacht verlassen können, mag nun dieser Tatbestand in einer Vollmachturkunde oder in der äußeren Stellung gelegen sein, welche der Geschäftsherr dem Angestellten gegeben hat.

Das spätere Naturrecht hat an dieser Unterscheidung zwischen mandata aperta und arcana und an dem Zusammenhange mit der praepositio durchwegs festgehalten[20]) und

---

[19]) Ob diese Auffassung der Quellen richtig ist, kommt hier nicht in Betracht; vgl. zu dieser Frage Hupka, Vollmacht, S. 205 ff.

[20]) Pufendorf, De iure nat. et gentium, III, 9, § 2: Cui autem certi fines sunt praescripti, ultra illos obligare me non poterit. Quodsi autem alicui dentur duplicia mandata, manifesta, seu quae exhibeat illi, quicum est contrahendum et arcana, quae internnucium duntaxat instruant et quousque progredi debeat, praescribant: quaestio exsurgere potest an autorem suum obliget internuncius si arcana mandata excedat, ita tamen ut intra id subsistat, quod manifesta prae se ferunt? Il quod affirmandum est. Dann ausführlicher, aber im engsten Anschluß an Pufendorf und Grotius, Hertius in der Dissertation de obligatione mandantis et mandatarii contemplatu tertii (Commentat. et opusculorum, Vol. 1, tom. 3): Solent enim mandatariis, legatis maxime duplicia dari mandata, manifesta, seu quae exhibeant illi, cum quo est agendum, et arcana, quae mandatarios duntaxat instruunt .... Illa obligant mandantem tertio tametsi mandatarius limites praescriptos et mandata sibi tantum cognita fuerit transgressus. Hinc qui alium negotiationi suae praeponit, licet expresse prohibeat, ne prae-

immer schärfer betont, daß diese Unterscheidung und ihre Konsequenzen ein notwendiges Postulat des gutgläubigen Verkehrs seien.[21]) Auch in das gemeine Recht hat diese Theorie Eingang gefunden.[22])

Im Cod. Theresianus finden wir die Lehre von der offenen Vollmacht und der praepositio in Art. 2, III, 18, unter der Überschrift „von den für andere kontrahierenden Personen".[23]) N. 58 stellt den Grundsatz auf, daß der „Befehlsgeber" nicht verpflichtet wird, wenn der „Befehlshaber, Handlungsvorgesetzte oder Faktor" den „Auftrag oder Befehl" überschritten hat. Der Entwurf fügt jedoch bei:

> nr. 59. Es wäre dann, daß der Befehlshaber, Handlungsvorgesetzte oder Faktor mit zweierlei Vollmachten, einer zeigbaren und geheimen versehen wäre, und derselbe dabei nur die ihme allein bekannte Willensmeinung des Befehlsgebers oder Vorsetzenden überschreitete, sonst

---

positus in illa contrahat tamen ex praepositi contractu tenetur, nec illum impugnare potest, nisi prohibitionem illam palam proscribat, idque, quia ita praeponit, ut alii iustam causam habeant credendi, praepositum negotiationem illam administrandi potestatem habere, etiamsi praepositus dolo malo contra praeponentis voluntatem de rebus ad negotiationem illam pertinentibus contrahat. Wolf, Instit. iuris nat. et gentium, § 552, 553. Höpfner, Naturrecht, § 97, 4. Klein, Grundsätze der nat. Rechtswissenschaft, § 304. Gros, Lehrb. der philos. Rechtswissenschaft, § 233. Zeiller, Nat. Priv. R., § 137.

[21]) Pufendorf a. a. O. Citra hoc enim nihil cum internunciis tuto possit agi; cum semper metuendum esset ne ab apertis mandatis arcana discreparent; nec facilior praetextus foret, omnia per internuncium conclusa subvertendi aliosque inanibus tractatibus illudendi. Hertius a. a. O.: Ut propterea aequius sit dolum proponenti magis nocere, quam ut ille, qui bona fide cum praeposito contraxit et in iusta ignorantia fuit eo ipso citra omnem culpam laedatur. Wolf a. a. O., § 553 u. 318.

[22]) Vgl. neben Hertius insbesondere Leyser, Medit. sp. 178, m. 5 und sp. 161 m. 4; vgl. auch Hupka, Vollmacht, S. 200, A. 1.

[23]) Vgl. auch III, 15, § 23 f.

aber die von ihme geschlossene Handlung mit dem Inhalt der zeigbaren Vollmacht oder Auftrags übereinstimmete.

nr. 60. In welchem Falle er zwar seinem Befehlsgeber oder Vorsetzenden zum Ersatz des ihme andurch verursachten Schadens verbunden wird, die geschlossene Handlung aber, wann sie dem zeigbaren Auftrag gemäß ist, bleibet sowohl an sich gültig und bündig, als auch der Befehlsgeber oder Vorsetzende gegen dem Dritten daraus verfänglich.[24])

nr. 61. Also, da Jemand einer fremden Handlung dem Äußerlichen nach ohne einiger Beschränkung vorgesetzet, und ihme dabei in Geheim verboten würde, sich in diesen oder jenen Kontrakt einzulassen, er aber jegleichwohlen wider diesen Verbot mit einem Dritten kontrahirete, wird der Vorsitzende dessen ohnerachtet hieraus verbunden, außer er hätte solchen Verbot ausdrücklich kundgemacht oder der Kontrakt wäre auf die Handlung, welche der Vorgesetzte oder Faktor zu verwalten hat, nicht gerichtet.

In schlagender Weise tritt uns hier die Gleichstellung der „zeigbaren Vollmacht" mit der äußeren Anstellung des Bevollmächtigten entgegen. Vorgebildet sind die Bestimmungen über die praepositio schon in dem Entwurfe der Kompilationskommission, die zu dem Abschnitte „von Verbindung des Herrn aus denen Handlungen deren Dienstpersonen" folgenden bedeutsamen Kommentar gibt.[25]) Die Verbindung des Herrn sei weder auf die Annahme einer Personsidentität zwischen Herrn und Diener, noch auf die Erteilung eines ausdrücklichen Auftrages, sondern auf die Eigentümlichkeit des Amtes oder der Dienstleistung zurückzuführen. Hieraus entspringen die

---

[24]) Bezüglich der Stellvertretungslehre des Cod. Theresianus vgl. meine Versio in rem, S. 16 ff. u. 46 ff.

[25]) Harrasowsky, Cod. Ther., I, S. 270.

rechtlichen Folgen für den Herrn, ohne Rücksicht, ob ein ausdrücklicher Auftrag von ihm vorliegt oder nicht, ob die Handlung des Dieners ihm zum Nutzen gereicht oder nicht. Präsumiert werde eine stillschweigende Einwilligung, welche mit Rücksicht auf „die gemeine Nützlichkeit, damit Handel und Wandel befördert und erweitert werde", zu genügen habe. Die Zustimmung des Herrn werde zu allem präsumiert, „was nach Maß und Hauptsicht der Vorsetzung" einer Dienstperson von dieser gehandelt wird, „ansonsten Trauen und Glauben, mithin die gemeinnützliche Handelschaften und Gewerbe geschwächet würden".

Im Entwurfe Martini und im Urentwurfe wird die Theorie von der offenen Vollmacht, der lehrhaften Art dieser Gesetzgebungswerke entsprechend, an einem konkreten Beispiele demonstriert.[26])

Urentwurf, § 116, III . . . in so fern der Gewalthaber den Machtgeber vorstellt, kann er ihm nach Ausweisung der Vollmacht Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen.

§ 117. Ertheilt z. B. Einer dem Anderen die Vollmacht, von einem Dritten Geld anzuleihen: so entsteht zwischen dem Machtgeber und Gewalthaber dadurch allein schon ein Empfehlungsvertrag: Sobald aber der Dritte das Geld wirklich dargeliehen hat, so kömmt auch zwischen ihm und dem Machtgeber noch ein Darleihensvertrag zu Stande.

§ 118. Das Recht des Dritten (im angeführten Falle des Darleihers) wird immer nach der offenen und vorgezeigten Vollmacht beurtheilt.

Bei der Beratung dieser Bestimmungen des Urentwurfes

[26]) Entw. Martini, § 17, III, 4.

bemerkte Zeiller[27]), er glaube „den Inhalt dieser drei Paragraphe mit Auslassung der Beispiele durch allgemeine Vorschriften in folgendem Paragraphen darzustellen:

> In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Hat er also inner den Gränzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen, so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten, nicht aber dem Gewalthaber zu. Die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß."

Mit dieser vorgeschlagenen Bestimmung, die dem § 1017 BGB. entspricht, war man allgemein einverstanden. Im § 1017 ist somit die Lehre von der offenen und geheimen Vollmacht vollständig im Sinne der früheren Entwürfe enthalten. So bemerkt denn auch Zeiller in seinem Kommentar zu § 1017, N. 4: „Wie man in Rechtsgeschäften überhaupt nur nach seinen Äußerungen, nicht nach seinem geheimen Vorbehalte beurteilet wird, so muß auch der Machtgeber nach dem Inhalte seiner öffentlichen Vollmacht haften, obschon der Machthaber die ihm in der geheimen Vollmacht gesetzten Grenzen überschritten hätte."

Die Lehre von der praepositio, die noch im Urentwurfe in einem besonderen Hauptstücke „Von den Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen . . ." zusammengefaßt war, wurde bei der Beratung dem Hauptstücke vom Bevollmächtigungsvertrage angefügt. Zeiller führte dazu aus[28]): „Es erkläre in dem I. Teile dieses Hauptstückes der Entwurf, wie man durch erlaubte und unerlaubte Handlungen eines anderen Rechte erwerben oder sich Verbindlichkeiten zuziehen

[27]) Prot., II, S. 52.
[28]) Prot., II, S. 206 f.

könne. Durch erlaubte Handlungen geschehe es: a) kraft des Gesetzes, welches einen andern als unsern Bevollmächtigten bestimmt, oder b) vermöge einer ihm unmittelbar von uns selbst erteilten ausdrücklichen Vollmacht; oder c) vermöge einer stillschweigenden durch Bestellung zu einem Amte." Diese letzteren Bestimmungen seien am Ende des Kapitels vom Vollmachtvertrage beizusetzen.

So finden wir denn die Bestimmungen der älteren Entwürfe über die praepositio im BGB. im Hauptstücke von der Bevollmächtigung unter der Marginalrubrik „stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen" (§§ 1027 bis 1033).

Aus diesem historischen Rückblicke ergibt sich zunächst mit voller Gewißheit die Unrichtigkeit der von Krainz vertretenen Lehre, daß nur die offene Vollmacht geeignet sei, die Wirkungen der direkten Stellvertretung zu erzeugen. Es ist insbesondere ein völliges Mißverständnis, die geheime Vollmacht mit der stillen (mittelbaren) Stellvertretung in Verbindung zu bringen, mit der sie historisch gar nichts zu tun hat.[29]) Die Krainzsche Theorie stützt sich lediglich auf die Ausdrucksweise des § 1017, welcher nur dann, wenn man ihn von der historischen Entwicklung und der Entstehungsgeschichte gänzlich isoliert, zu einer derartigen Auffassung Anstoß geben kann. Der § 1017 sollte, wie wir gesehen haben, die §§ 116—118, III, des Urentwurfes zusammenfassen. Man wollte durch die Neuformulierung zwei Fragen auf einmal entscheiden: nicht nur die prinzipielle Zulässigkeit der direkten Stellvertretung auf Grund der Vollmacht, sondern auch das Verhältnis der

[29]) Dieses Mißverständnis findet sich in verstärkter Form auch bei Dniestrzanski a. a. O., S. 315: „Sein (des Mandanten) Name kann bei Schließung des Geschäftes genannt werden (offene Vollmacht) — er kann aber auch gar nicht genannt werden (sog. geheime Vollmacht)." Die richtige Auffassung findet sich bei Hupka a. a. O., S. 223, A. 2 und Krasnopolski a. a. O., S. 41 f.

offenen zur geheimen Vollmacht. Im zweiten und dritten Satze des § 1017 ist demnach in abgekürzter Form zugleich der Satz enthalten, daß, wenn eine offene und eine geheime Vollmacht besteht, für die Rechte des Dritten die offene Vollmacht allein maßgebend ist, dagegen die geheime Vollmacht auf diese Rechte keinen Einfluß hat. Dafür, daß eine dem Bevollmächtigten mündlich erteilte Vollmacht nicht geeignet sei, direkte Beziehungen zwischen dem Dritten und dem Vertretenen zu erzeugen, findet sich weder in den älteren Entwürfen noch in den Beratungsprotokollen ein Anhaltspunkt.[30]) Auf diese Frage hat sich auch die naturrechtliche Theorie von den mandata aperta und arcana niemals bezogen.

Die von Krainz vertretene Theorie ist aber auch theoretisch unhaltbar. Er führt am Beginne seiner Darstellung aus[31]): „Die freiwillige Vertretung entsteht durch die von einer Person einer anderen gegebene und von dieser angenommene Ermächtigung, im Namen der ersteren zu handeln, somit durch einen Vertrag, welcher Bevollmächtigungsvertrag genannt wird.“ Dieser Bevollmächtigungsvertrag könne mündlich oder schriftlich geschlossen werden. „Soll aber durch die Handlung des Stellvertreters ein Rechtsverhältnis un-

---

[30]) Vgl. Cod. Ther., III, 1, n. 32 u. 35, III, 15, n. 23: Vollmachten können entweder mündlich oder schriftlich erteilt werden; es hat aber sowohl der mündlich Bevollmächtigte als jener, welcher sich mit ihm ohne Vorzeigung einer schriftlichen Vollmacht eingelassen, sich nachhero selbst beizumessen, wann sie auf Erforderungsfall mit dem Beweis des mündlichen Auftrags nicht aufzukommen vermögen; vgl. auch n. 24; ferner III, 18 n. 46 ff. Dniestrzanski (a. a. O., S. 310) behauptet, daß der Cod. Ther. die direkte Wirkung nur bei offener Vollmacht kenne. Wenn man unter offener Vollmacht das Handeln im fremden Namen versteht, ist das freilich richtig. Der Cod. Ther. gebraucht aber die Begriffe der offenen (zeigbaren) und geheimen Vollmacht in einem ganz anderen Sinne

Vgl. ferner E. Martini, III, 14, § 5; U. E., III, § 466, oben A. 2; Prot. II, S. 206 u. 208.

[31]) I, § 123 a. A., § 126.

mittelbar zwischen dem Machtgeber und dem Dritten errichtet werden, z. B. ein Vertrag, dann bedarf es einer Vollmacht, die zur Vorweisung an diesen Dritten bestimmt ist und die sich juristisch als eine vom Machtgeber auch an den Dritten gerichtete Erklärung des Inhaltes darstellt, daß die vom Stellvertreter ausgehende Handlung als Handlung des Machtgebers angesehen werden will; eine solche Vollmacht heißt eine offene (§ 1017). Erfolgt die Ermächtigung mündlich, so ist es, wenn der Machtgeber durch die Handlung des Machthabers auch mit dem Dritten in ein Rechtsverhältnis treten will, wesentlich, daß die mündliche Erklärung von Seite des Machtgebers an diesen Dritten unmittelbar erfolge."

In dieser Argumentation ist mehr als ein Punkt anfechtbar. Hier ist zunächst folgendes herauszuheben. Wenn die Ermächtigung, im Namen des Vertretenen zu handeln, dem Vertreter auch mündlich erteilt werden kann, dann ist nicht einzusehen, warum es zur Herstellung direkter Beziehungen zu dem Dritten noch einer weiteren Willenserklärung des Vollmachtgebers an den Dritten bedarf, einer Willenserklärung des Inhaltes, „daß die vom Stellvertreter ausgehende Handlung als Handlung des Machtgebers angesehen werden will". Dieser „Wille" ist doch wohl schon in der dem Vertreter erteilten Ermächtigung, im Namen des Vertretenen zu handeln, enthalten. Wenn der Grund für die direkte Wirkung der Stellvertretung, wie Krainz annimmt, in dem Willen des Vertretenen gelegen ist, dann ist es unerfindlich, aus welchem Grunde der an den Vertreter erklärte Wille nicht im stande sein sollte, die gewollten direkten Beziehungen zu erzeugen.[32]) Diese Theorie wird auch dadurch

[32]) Die Krainzsche Theorie geht über die von Lenel (Iherings Jahrb., 36, S. 1 ff.) für das gemeine Recht vertretene Theorie weit hinaus. Auch Lenel verlangt eine nach außen kundgegebene Ermächtigung. Nach ihm genügt es aber doch, wenn der Vertreter die Vollmachterklärung dem Dritten als Bote überbringt und dazu reicht schon aus, daß der Ver-

nicht verständlicher, daß Krainz beifügt[33]): „Die gemäß der Vollmacht vorgenommene Handlung des Stellvertreters verhält sich zur offenen Vollmacht, als welche die eigentliche (!) Willenserklärung enthält, ungefähr so, wie nach § 1056 die Entscheidung des Dritten über den Kaufpreis oder bei Lotterien die Ziehung zu dem betreffenden Vertrage.“ Ich habe dabei nur den Eindruck, daß ein unklarer Gedanke durch verzweifelte Analogien verdeckt werden soll.

Aber auch die praktischen Konsequenzen dieser Lehre sind unmöglich; z. B.: A hat den B bevollmächtigt, von C in seinem Namen ein Pferd zu kaufen. B tritt beim C als Bevollmächtigter des A auf und schließt den Kaufvertrag in dessen Namen ab. Nach Krainz wird der A aus diesem Vertrage nicht verpflichtet, denn Krainz verlangt eine an den Dritten unmittelbar gerichtete Vollmachterklärung. Der B kann daher nicht einmal als Bote der Vollmachterklärung in Betracht kommen. Krainz scheut vor dieser Folgerung tatsächlich nicht zurück[34]): „Hat . . . der Stellvertreter nur eine geheime Vollmacht, dann ermangelt die . . . an den Dritten gerichtete Erklärung und es bleibt darum bei der Regel, daß die Wirkungen der Handlung für den Handelnden selbst eintreten, so daß der Dritte nur den Machthaber als ausschließlich berechtigt und verpflichtet betrachten kann.“ Wo steht diese Regel? Krainz verweist auf § 1017 a. E. Hier ist, selbst wenn man die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung völlig außer Betracht läßt, nur gesagt, daß die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß hat. Das heißt doch nicht, daß

---

treter im Namen des Vertretenen handelt oder sich als Vertreter geriert. Dadurch kommt Lenel allerdings zu praktisch brauchbaren Resultaten. Nach Krainz aber wird die geheime Vollmacht dadurch nicht zu einer offenen, daß der Vertreter von der geheimen Vollmacht Mitteilung macht.

[33]) A. a. O., A. 5.

[34]) A. a. O., § 126, S. 329.

der Machthaber, der im Namen des Vertretenen kontrahiert, allein berechtigt und verpflichtet wird. Und wie läßt es sich rechtfertigen, daß gegen den Willen des Vertretenen, des Vertreters und des Dritten, diesem letzteren der in fremdem Namen handelnde Stellvertreter als Kontrahent aufgezwungen wird?

Aber die Krainzsche Theorie müßte, wenn man sie konsequent durchführen wollte, zu noch viel schlimmeren Resultaten führen. Denn man müßte sagen: B ist ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, denn trotz seiner „Ermächtigung", im Namen des A zu handeln, hat er keine Macht, direkte Beziehungen zwischen dem Vertretenen A und dem Dritten C herzustellen. Er handelt daher als vollmachtloser Vertreter und es könnte nur die Frage aufgeworfen werden, ob er dem C schadenersatzpflichtig wird. Aber auch diese Frage ist zu verneinen; denn ein Verschulden wird man in dem Vorgehen des B nicht erblicken können, sofern man nicht schon die Unkenntnis der Krainzschen Theorie als solches betrachten will. Dann freilich hätte er wissen müssen, daß er ohne offene Vollmacht überhaupt nicht in der Lage ist, den A direkt zu verpflichten.

Krainz geht sogar so weit, zu behaupten[35]), daß in Fällen der Ausstellung einer Vollmachturkunde eine offene Vollmacht nur dann vorliege, wenn die Urkunde zur Vorweisung an den Dritten bestimmt war. Treffe dies nicht zu, so sei diese Vollmacht eine geheime und werde auch dadurch nicht zur offenen, daß die Urkunde dem Dritten vorgezeigt werde. Wenn also in unserem obigen Falle der B eine Vollmachturkunde in Händen hätte, die er dem C vorweist, so könnte doch C keine Rechte gegen den A erwerben, wenn die Urkunde nicht zur Vorweisung bestimmt war. Es ist

[35]) A. a. O., § 123, A. 6. Dagegen schon Zeiller zu § 1017, 1 und 5; Stubenrauch, Erl. 6 zu § 1017.

eine merkwürdige Ironie des Schicksals, daß die Lehre von der offenen Vollmacht, welche von den naturrechtlichen Juristen und den Redaktoren unseres Gesetzbuches aufgestellt wurde, um den guten Glauben an die Vollmachturkunde zu schützen, heute als Rückhalt dafür dienen muß, um die Verkehrsinteressen in der krassesten Weise zu gefährden.[36])

Der Unterschied zwischen offener und geheimer Vollmacht ist nicht für die Frage von Einfluß, ob überhaupt die Wirkungen der direkten Stellvertretung eintreten können. Seine Bedeutung liegt darin, daß die Stellung des Dritten gegenüber der offenen Vollmacht eine andere ist, als gegenüber der geheimen, und dies hängt wieder mit dem Gedanken zusammen, daß der Dritte, dem eine Vollmachturkunde vorgewiesen wird, sich auf diesen äußeren Tatbestand verlassen können muß. Darauf beruht zunächst der Grundsatz, daß dem Dritten eine der Vollmachturkunde widersprechende geheime Vollmacht (interne Instruktion)[37]) nicht entgegengesetzt werden kann.[38])

---

[36]) Aus der Darstellung bei Stubenrauch zu § 1005 und 1017, welche durch Hupka beeinflußt ist, ergibt sich keine klare Beantwortung der hier behandelten Fragen. Der Unterschied zwischen offener und geheimer Vollmacht wird bei § 1017, E. 6, richtig hervorgehoben, aber ob und in wie weit die bloß dem Bevollmächtigten gegenüber erteilte Ermächtigung die Wirkung der direkten Stellvertretung zu erzeugen vermag, läßt sich aus Erl. II zu § 1005 und zu § 1017 nicht entnehmen. Hasenöhrl, I, § 29, S. 409 ff., trägt die neuere gemeinrechtliche Lehre vor und scheint dem Begriff der offenen Vollmacht überhaupt kein Gewicht beizulegen.

[37]) Vgl. dazu Hupka a. a. O., S. 199 ff. und über dessen Theorie oben S. 80, A. 5. Richtig die Entscheidung GZ., 131 v. 1863.

[38]) Die ganze ältere Theorie denkt nur an den Fall, daß die geheime Vollmacht enger ist, als die offene Vollmacht und dies ist auch der praktisch bei weitem wichtigere Fall. Im Entw. Martini, § 17, III, 4, ist die entgegengesetzte Alternative ins Auge gefaßt, ohne daß der Tatbestand des Beispieles völlig klar gelegt wäre. Für das BGB. kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die direkten Wirkungen der Stellvertretung eintreten, wenn das Rechtsgeschäft innerhalb des Rahmens der geheimen Voll-

Aus dem Grundgedanken der offenen Vollmacht folgt aber weiters, daß der Vertretene sich dem Dritten gegenüber, der im Vertrauen auf die Vollmachturkunde gehandelt hat, auch nicht darauf berufen kann, daß er eine Vollmacht überhaupt nicht erteilt habe, daß der Vollmachtvertrag nichtig oder anfechtbar sei, daß das Grundverhältnis, auf dem die Vollmacht beruht, ungültig sei. Innerhalb der durch die Vollmachturkunde gezogenen Grenzen wird der Vertretene dem Dritten verpflichtet. (§ 1017.)

Daraus ergibt sich, daß es auch für das österreichische Recht durchaus verfehlt ist, in der Ausstellung der Vollmachturkunde eine Willenserklärung zu erblicken, die nach Krainz[39]) den Inhalt haben soll, „daß die vom Stellvertreter ausgehende Handlung als Handlung des Machtgebers angesehen werden will". Durch dieses merkwürdige „will" soll offenbar die Tatsache verschleiert werden, daß in Wahrheit gar keine Willenserklärung vorhanden ist — ein gescheiterter Versuch, wie alle anderen, die wir schon kennen gelernt haben, um für die imaginäre Willenserklärung einen Inhalt zu fingieren.[40]) Diese Theorie leidet an allen jenen Schwächen, die bereits oben erörtert wurden. Dazu kommen noch weitere Bedenken, die sich aus den Eigentümlichkeiten der Krainzschen Lehre von der offenen Vollmacht ergeben. Es fragt sich nämlich, wie die Sache steht, wenn neben dieser fingierten Willenserklärung des Vertretenen eine zweite, dem Vertreter gegenüber abgegebene Vollmachterklärung steht. Ist diese dem Dritten gegenüber ohne Belang? Dann muß der Vertretene

macht gelegen ist. Denn die Verpflichtung des Vertretenen beruht in diesem Falle auf den allgemeinen Grundsätzen der Vollmacht, in denen bei der offenen Vollmacht nur zu Gunsten des gutgläubigen Verkehrs Modifikationen eintreten. A. M. Stubenrauch, Erl. 6 zu § 1017. Anders liegt die Sache für das deutsche BGB.; vgl. dazu Hupka a. a. O., S. 212 ff.

[39]) I, § 123, S. 320, § 126, S. 329.

[40]) Vgl. oben S. 73 f., 83 f.

die im Rahmen der Vollmachturkunde geschlossenen Rechtsgeschäfte selbst dann gegen sich gelten lassen, wenn der Dritte wußte, daß der Vertreter zu dem betreffenden Geschäfte nicht bevollmächtigt sei. Oder kann der Vertretene unter Berufung auf die geheime Instruktion dartun, daß es ihm völlig ferne gelegen habe, durch die Ausstellung der Urkunde die ihm unterschobene Willenserklärung abzugeben, und kann ihm dann entgegengehalten werden, daß nur der „objektive Sinn" der fingierten Willenserklärung maßgebend sei, oder unterliegt dieselbe der Anfechtung nach den Irrtumsregeln, weil der Vertreter etwas anderes „erklärt" hat, als er wollte? Alle diese Eventualitäten sind theoretisch und praktisch unbrauchbar. Ferner wird Krainz durch seine Willenstheorie zu der bereits erwähnten Folgerung gedrängt, daß direkte Wirkungen gegen den Vertretenen trotz Vorlage der Vollmachturkunde seitens des Vertreters nicht eintreten, wenn die Urkunde nicht zur Vorweisung bestimmt war.

Der Grund für die Verpflichtung des Vertretenen liegt nicht in einer durch die Ausstellung der Urkunde abgegebenen Willenserklärung, sondern in dem Gedanken, daß der Dritte, der im Vertrauen auf den durch die Vollmachturkunde verkörperten äußeren Tatbestand eines Vollmachtverhältnisses gehandelt hat, in seinem Vertrauen zu schützen sei. Das Gesetz schränkt den Schutz des Dritten in diesem Falle nicht auf entgeltliche Rechtsgeschäfte ein, er kommt auch bei unentgeltlichen zur Anwendung; die Vollmacht spielt freilich auf diesem Gebiete praktisch keine Rolle. Der Schutz des Dritten kann jedoch auch hier nur dann eingreifen, wenn der rechtfertigende Tatbestand mit Zutun des Vertretenen zu stande gekommen ist. Der Schutz tritt nicht ein, wenn die Urkunde dem Vertretenen wider Willen abhanden gekommen ist, wenn sie ihm gestohlen wurde, wenn er sie verloren hatte, wenn der Aussteller geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig war.

Der Praxis ist dieser Gedanke des Schutzes des Vertrauens an die Vollmachturkunde durchaus geläufig. Folgende Entscheidung (GlU., II, 1374) möge als Beleg angeführt werden: A sandte dem C in einem postlagernden Briefe eine Vollmacht zur Einkassierung eines beim B ausstehenden Betrages. Der postlagernde Brief samt der Vollmacht wurde von einem Unberufenen behoben und auf Grund der Vollmacht erlangte dieser vom B die Zahlung. Die Klage des A gegen den B auf nochmalige Zahlung desselben Betrages wurde von allen Instanzen abgewiesen. In der Begründung wird das entscheidende Gewicht darauf gelegt, daß der A die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes außer acht gelassen habe, weil er die Urkunde postlagernd an den C sendete und weil er es unterlassen hatte, den B sofort, nachdem er von der Behebung des Briefes durch einen Unbefugten Kenntnis erlangt hatte, telegraphisch davon zu verständigen.

Alle jene Publizitätswirkungen sind der offenen Vollmacht allein eigentümlich; sie treten nicht ein, wenn lediglich eine geheime Vollmacht vorliegt, wenn also der Bevollmächtigte eine Vollmachturkunde nicht hatte, oder dieselbe nicht vorgelegt hat. Hier ist dem Dritten gegenüber das interne Verhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter allein maßgebend, es kommen die allgemeinen Grundsätze der Vollmacht zur Anwendung, welche wir zu Beginn dieses Abschnittes angedeutet haben. Das entspricht auch der Billigkeit. Hat sich der Dritte auf bloße Versicherungen des Vertreters hin in Rechtsgeschäfte eingelassen, so soll er sich an diesen halten, wenn er in seinem Vertrauen getäuscht wird.[41]) Sein Vertrauen auf Kosten des Vertretenen zu schützen, wäre völlig unberechtigt.

Wie die internen Beziehungen gegenüber dem gutgläubigen Dritten bei der offenen Vollmacht überhaupt ir-

---

[41]) Vgl. dazu Hupka a. a. O., S. 200 ff. u. 217 ff. und oben S. 80, A. 5.

relevant sind, so sind auch die internen Erlöschungsgründe der Vollmacht für den Dritten bedeutungslos. Die Bestimmung des § 1026 scheint sogar weiter zu reichen und auch für die geheime Vollmacht zu gelten. Dem ist jedoch nicht so.[42]) Die Bestimmung stammt aus der gemeinrechtlichen Lehre von der praepositio institoris. So lange der institor in seiner äußeren Stellung als solcher belassen wurde, konnte dem Dritten die Erlöschung der Gestionsbefugnis durch den Tod des Geschäftsherrn oder durch Widerruf nicht entgegengehalten werden. Hier ist allerdings in der äußeren Stellung des institor jenes notwendige Element für den Schutz des Dritten gegen die Erlöschung der Vollmacht gegeben, welches diesen Schutz allein zu rechtfertigen vermag. Der Dritte muß zunächst einmal eine objektive Grundlage für die Annahme einer Vollmacht haben, bevor die Frage aufgeworfen werden kann, ob er in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der Vollmacht zu schützen sei. Das muß auch für § 1026 gelten. So wie derjenige, welcher bloßen Versicherungen des Bevollmächtigten traut, nicht geschützt ist, wenn die Vollmacht nicht besteht, so ist auch kein Grund vorhanden, ihn zu schützen, wenn die Vollmacht erloschen ist.[43])

Daß § 1026 nur auf die offene Vollmacht Anwendung findet, ergibt sich aber nicht bloß aus logischen Gründen, sondern tritt auch in den Beratungen dieser Bestimmung klar hervor. Dort wird bemerkt (II, S. 56): „Nach dem Erachten des Referenten sollen die mit einem Dritten geschlossenen Geschäfte auch dann verbindlich bleiben, wenn der Gewalthaber die Aufhebung verschwiegen hat. Denn dem Dritten, welcher bona fide zufolge der Vollmacht sich in

---

[42]) Zu diesem Resultate kommt auch Krainz in Folge seiner Lehre von der offenen Vollmacht, I, § 127, S. 332. Vgl. auch Stubenrauch zu § 1026, Anm. 3.

[43]) Vgl. dazu die Ausführungen Hupkas a. a. O., S. 420 ff.

Geschäfte einließ, falle keine Schuld zur Last; wohl aber dem Machtgeber, der die mündliche Vollmacht bei denen, vor welchen er sie gab[44]), widerrufen, oder die schriftliche dem Gewalthaber abfordern konnte. Dann möge sich der Dritte, der die Vorzeigung der Vollmacht nicht verlangte, den Schaden selbst beimessen."

Die Bestimmung des § 1026 gilt, wie die Verbindung mit § 1025 zeigt, nur für die Erlöschung der Vollmacht durch Widerruf, Aufkündigung oder Tod, nicht auch für den Fall der Konkurseröffnung (§ 1024), offenbar deshalb, weil mit der Konkurseröffnung Akte verbunden sind, deren Publizität Dritten gegenüber angenommen wird.[45])

Es fragt sich nun, in welcher Weise die Rechtswirkungen der offenen Vollmacht dem Dritten gegenüber aufgehoben werden können. In erster Linie gehört hieher die Zurücknahme der Vollmachturkunde, denn dadurch wird jener Tatbestand beseitigt, der dem Vertrauen des Dritten als Grundlage dient. In Fällen, wo dies nicht möglich oder tunlich ist, kann sich der Vollmachtgeber dadurch schützen, daß er diejenigen dritten Personen, mit denen er durch den Vertreter in Geschäftsverbindung stand, von dem Erlöschen der Vollmacht verständigt oder daß er die Erlöschung der Vollmacht öffentlich kundgibt. Alle diese Konsequenzen aus dem Wesen der offenen Vollmacht sind von den Redaktoren klar erkannt worden. Bei der Beratung des § 1026 (Prot. II, S. 410) bemerkte Pratobevera, er finde diese Vorschrift hart, denn der Prinzipal habe gar kein Mittel, dem Mißbrauche des Mandatars zuvorzukommen; die übrigen Stimmenden fanden aber nicht notwendig, aus Anlaß dieser Bemerkung eine Abänderung zu treffen, da der Prinzipal sich durch einen öffentlichen Widerruf seiner Vollmacht gegen alle Arglist des

[44]) Vgl. oben S. 206., A. 38.

[45]) Vgl. Krainz, I, § 127, S. 332.

Mandatars schützen könne. Pratobevera meinte nun, daß, wenn diese Vorkehrung dem Prinzipal Schutz gewähren sollte, man dieses Hilfsmittel auch in dem Gesetze anzeigen, mithin hier ausdrücklich aufnehmen müsse. Das geschah aber nicht. Bei der Superrevision (Prot. II, S. 566) kam Pratobevera neuerlich auf seine Bedenken zurück und schlug u. a. einen gerichtlichen Widerruf der Vollmacht vor. Zeiller erinnerte dagegen: „Man habe zwei Personen, denen durch die Vorschrift des einen oder anderen Teils hart geschehen kann, nämlich dem Machtgeber oder einem Dritten. Man habe also zu erwägen, welchen von beiden soll das Gesetz mehr in Schutz nehmen? und das hängt von der Frage ab, welcher kann sich mehr oder weniger vor den Folgen seiner Handlungen verwahren? Nun sei offenbar, daß dritte Personen sich gar nicht verwahren können, der Bevollmächtigte zeigt die Vollmacht vor, und das, was etwa bei entfernten Gerichten vorgekehrt wird, kann er nicht wissen: er ist also ganz ohne Schuld. Der Machtgeber hingegen trägt doch einige Schuld, er hat sich nicht gehörig bei der Wahl des Bevollmächtigten vorgesehen, er sehe ihm fleißig nach und fordere ihm die Vollmacht ab, widerrufe sie öffentlich, lasse sie amortisieren, und lautet die Vollmacht nur zu einem bestimmten Geschäfte mit einer bestimmten Person, so schreibe er an diese. Stimmführer würde also bei dem Texte bleiben.“ Damit waren auch die anderen Stimmen einverstanden.

Daraus ergibt sich zugleich, daß alle anderen Mittel als die Rückgabe der Vollmachturkunde nicht die Bedeutung haben, daß dadurch die Wirkungen der offenen Vollmacht beseitigt werden, sondern daß sie nur insofern in Betracht kommen, als sie den guten Glauben des Dritten zu zerstören vermögen. Die öffentliche Bekanntmachung wirkt daher nur, wenn sie in einer Weise erfolgt ist, daß sie dem Dritten bekannt sein mußte. Von diesem Standpunkte aus war es

auch konsequent, diese dem Vertretenen zu Gebote stehenden Mittel nicht ausdrücklich in den § 1026 aufzunehmen, da der gute Glaube des Dritten in dieser Bestimmung ohnehin als Voraussetzung des Schutzes statuiert ist. Die in Prato-beveras Äußerungen zu Tage tretende entgegengesetzte Auffassung, daß die öffentliche Bekanntmachung als solche genüge, ist nicht durchgedrungen. Die Möglichkeit einer Amortisation der Vollmachturkunde, die Zeiller ins Auge gefaßt hat, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden.[46]) Sie müßte dem Dritten gegenüber unbedingt wirken; eine Einschränkung zu Gunsten des gutgläubigen Dritten stünde mit dem Wesen dieses Rechtsinstitutes im Widerspruche.

Auf demselben Gedanken wie die offene Vollmacht, beruhen die Vollmachtvermutungen, welche das BGB. in den §§ 1027—1033 unter der Marginalrubrik „stillschweigende Bevollmächtigung der Dienstpersonen" zusammenfaßt und die Zeiller in den Beratungen[47]) durch die Formel „stillschweigende Bevollmächtigung durch Bestellung zu einem Amte" charakterisiert hat. Ich kann mich dafür zunächst auf die historische Entstehung dieser Bestimmungen berufen, insbesondere darauf, daß das Naturrecht die Lehre von der offenen Vollmacht auf die Rechtssätze über die praepositio institoris zurückführt und daß auch der Cod. Theresianus den gemeinsamen Grundgedanken beider Rechtsinstitute klar hervorhebt: den Schutz des guten Glaubens an die äußere Erscheinungsform des Vollmachtverhältnisses. Auch dem BGB. selbst liegt diese Auffassung zu Grunde, wenngleich das Verhältnis nach innen und das nach außen, wie in den übrigen Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag, so auch hier nicht scharf genug auseinandergehalten ist.

§ 1028 bestimmt, daß die Rechte eines Faktors, Schiffers,

---

[46]) Vgl. dagegen das deutsche BGB., § 172 und dazu Hupka a. a. O., S. 425 f.

[47]) Prot., II, S. 206.

Ladendieners oder anderer Geschäftsträger vorzüglich aus der Urkunde ihrer Bestellung zu beurteilen sind. Schon hier ergibt sich unter Heranziehung der Lehre von der offenen Vollmacht, daß dieser Paragraph eine Doppelbedeutung hat. Nach innen hin handelt es sich um eine ganz selbstverständliche Auslegungsregel, nach außen hin aber hat die Vollmachturkunde eine viel weitere Bedeutung, wenn der Geschäftsführer mit offener Vollmacht gehandelt hat.[48]) Dem Dritten können die internen Beschränkungen des Geschäftsführers nicht entgegengesetzt werden. Es ist charakteristisch, daß § 1028 als Beispiel einer solchen Bestellungsurkunde „das ordentlich kundgemachte Befugnis der Unterzeichnung (Firma)" anführt; denn daraus ergibt sich, daß dem § 1028, soweit er das Verhältnis nach außen regeln will, schon ein ähnlicher Gedanke zu Grunde liegt, wie den Legalvollmachten des Handelsrechtes, die von internen Beschränkungen völlig unabhängig sind.[49])

Der Umstand, daß in § 1028 das Verhältnis nach innen und nach außen nicht auseinandergehalten ist, und das Bestreben, beide Verhältnisse durch eine einheitliche Bestimmung zu decken, hat mehrfache Unklarheiten zur Folge, die sich auch in der Entstehungsgeschichte widerspiegeln. Im Verhältnis nach innen müßte natürlich nicht nur die Vollmachturkunde, die ja in derartigen Fällen nicht allzu oft ausgestellt wird, sondern auch die mündlichen Verabredungen zwischen dem Geschäftsherrn und Angestellten in Betracht kommen. Die Verweisung auf derartige mündliche Vereinbarungen wurde aber absichtlich gestrichen. Zeiller hatte ursprünglich folgende Fassung des § 1028 vorgeschlagen[50]):

---

[48]) Daß das BGB. diesen Fall im Auge hat, ergibt sich aus dem beigefügten Beispiele, sowie daraus, daß Zeiller die Berufung auf mündliche Vereinbarungen absichtlich gestrichen hat; vgl. unten S. 237 und Krainz, § 123, S. 321.

[49]) Vgl. auch § 1201 i. f. u. 1214.

[50]) Vgl. Prot., II, S. 208.

Die Rechte und Verbindlichkeiten aus der Vollmacht sind aus dem Übereinkommen, welches entweder nach einer schriftlichen vorhandenen Urkunde, wie z. B. der ordentlich kundgemachten Firma, oder nach der erweislichen mündlichen Verabredung geschlossen wurde, zu beurteilen.

Diese Textierung wurde angenommen.

Diese Bestimmung wäre nun zwar im Verhältnis nach innen, aber nicht im Verhältnisse nach außen brauchbar gewesen. Denn dann wären gegenüber Dritten, die sich mit den Angestellten einließen, die internen Verabredungen zwischen Geschäftsherrn und Angestellten als maßgebend erklärt worden. Zeiller korrigierte denn auch schon im Protokolle dahin: „Die Rechte solcher Geschäftsführer sind vorzüglich aus der schriftlich errichteten Urkunde, wie z. B. der ordentlich kundgemachten Firma, zu beurteilen.“ Und daran schließt sich § 1029 mit den Anfangsworten: „Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben; so wird ihr Umfang . . . aus der Natur des Geschäftes beurteilet.“ Dadurch sind die mündlichen Verabredungen, die noch im § 1028 durch das Wort „vorzüglich“ angedeutet sind, völlig ausgeschaltet und damit ist es möglich geworden, das Verhältnis nach innen und nach außen durch eine einheitliche Formulierung zu decken, wenn auch die Unklarheiten der doppelten Bedeutung nicht ganz vermieden werden konnten.

Die nun folgenden §§ 1029 und 1030 bestimmen:

§ 1029. Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden; so wird ihr Umfang aus dem Gegenstande, und aus der Natur des Geschäftes beurteilet. Wer einem Andern eine Verwaltung anvertraut hat, von dem wird vermutet, daß er ihm auch die Macht eingeräumt habe, alles dasjenige zu tun, was die Verwaltung selbst erfordert und was gewöhnlich damit verbunden ist (§ 1009).

§ 1030. Gestattet der Eigentümer einer Handlung, oder eines Gewerbes seinem Diener oder Lehrlinge,

Waren im Laden oder außer demselben zu verkaufen; so wird vermutet, daß sie bevollmächtigt seien, die Bezahlung zu empfangen, und Quittungen dagegen auszustellen.

Auch diese Rechtssätze haben eine doppelte Bedeutung. Nach außen handelt es sich um eine Vermutung zu Gunsten des gutgläubigen Dritten, der sich mit dem Verwalter oder Angestellten in Rechtsgeschäfte eingelassen hat, im Verhältnis nach innen um eine Auslegungsregel hinsichtlich der Gestionsbefugnis des Geschäftsführers, die natürlich durch den Beweis eines abweichenden Parteiwillens, durch den Nachweis einer anderweitigen mündlichen Vereinbarung außer Kraft gesetzt werden kann. Hinsichtlich dieser internen Gestionsbefugnis verweist § 1029 auf § 1009 und gerade die Vergleichung dieser beiden Bestimmungen zeigt, daß § 1029 noch eine andere Bedeutung hat, als die einer bloßen Auslegungsregel über den Vollmachtumfang. § 1009 erklärt im internen Verhältnisse neben der „Natur des Geschäftes" die „erklärte Absicht des Machtgebers" für maßgebend. § 1029 schließt aber gerade diese mündlichen Vereinbarungen zwischen Machtgeber und Machthaber aus, auch hier offenbar wieder aus dem Grunde, weil im Verhältnisse nach außen die erklärte Absicht des Machtgebers nicht in Betracht kommen kann.

In den §§ 1029 und 1030 tritt uns derselbe Gedanke entgegen, der im A. 50 a. HGB.[51]) viel deutlicher ausgesprochen ist[52]):

Wer in einem Laden oder in einem offenen Magazine oder Warenlager angestellt ist, gilt für ermächtiget, daselbst

---

[51]) Vgl. auch Art. 47 HGB. und dazu Staub-Pisko, Einl. zu Art. 47.

[52]) Vgl. oben S. 108 ff. und dazu Staub-Pisko, zu A. 47 u. 50 HGB. Über die Geltung des § 1030 neben A. 50 HGB. vgl. Staub-Pisko l. c., § 6; Canstein, Lehrb., S. 310, A. 116; Randa, HR., § 13, A. 80.

Verkäufe und Empfangnahmen vorzunehmen, welche in einem derartigen Laden, Magazine oder Warenlager gewöhnlich geschehen.

Nach Hupka[53]) soll es sich im A. 50 a. HGB. um eine stillschweigende Bevollmächtigung handeln, deren Konkludenz nur durch eine Vorbehalterklärung beseitigt werden kann, in § 1029f. aber um eine bloße Auslegungsregel über den Vollmachtumfang, eine Unterscheidung, die um so wunderlicher ist, als das Gesetz selbst die §§ 1029f. als Fälle stillschweigender Bevollmächtigung anführt.

Der Gedanke, der den Bestimmungen der §§ 1029f., soweit sie das Verhältnis nach außen betreffen, zu Grunde liegt, ist derselbe wie bei der offenen Vollmacht: der Schutz des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand eines Vollmachtverhältnisses; während dort der rechtfertigende Tatbestand durch die Vollmachturkunde gebildet wird, ist er hier durch die äußere Anstellung des Geschäftsführers gegeben. Man kann diesen Gedanken daher auch dahin formulieren, daß der Geschäftsführer dem gutgläubigen Dritten gegenüber kraft seiner äußeren Anstellung eine offene Vollmacht habe zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, welche in den normalen Wirkungskreis seiner Anstellung gehören. Daß das BGB. hier mit der stillschweigenden Bevollmächtigung und mit Vermutungen operiert, ist für uns gewiß nicht bindend. Es handelt sich dabei lediglich um Überreste jener Rechtsformen, in denen sich ein moderner Rechtsgedanke im Rahmen des gemeinen Rechtes Geltung verschafft hat.

Aus dieser Auffassung ergibt sich, daß nichts darauf ankommt, ob der betreffende Verwalter oder Angestellte eine beschränktere oder überhaupt keine Vollmacht hatte, ebensowenig, ob der betreffende Anstellungsvertrag zu Recht besteht

[53]) A. a. O., S. 124f., 189, A. 1. Dagegen die in der vorigen Note angeführten.

oder nicht. Aus den Ausdrücken „anvertrauen" (§ 1029) und „gestatten" (§ 1030) kann ohneweiters der Schluß gezogen werden, daß ein bloß tatsächliches Gewährenlassen genügt. Wenn aber die Gültigkeit des Anstellungsvertrages keine Voraussetzung für das Eingreifen des Schutzes des Dritten bildet, so kann im Verhältnis nach außen der Ausdruck „Diener oder Lehrling" in § 1030 nur den Sinn haben, daß sich diese Personen dem äußeren Tatbestande nach als solche präsentieren müssen. Wir werden daher für den Verkehrsschutz des § 1029f. nur jene Schranke gelten lassen können, die wir in allen bisher besprochenen Fällen gefunden haben: der Tatbestand, der den Schein der Vollmacht erweckt, darf nicht ohne Zutun des Geschäftsherrn zu stande gekommen sein.

Andrerseits muß betont werden, daß der Vertrauensschutz immer nur dann eingreifen kann, wenn ein äußerer Tatbestand vorhanden ist, der das Vertrauen des Dritten zu rechtfertigen geeignet ist, mag derselbe nun in einer räumlichen Beziehung des Angestellten, oder in einem tatsächlichen Gewährenlassen des Geschäftsherrn gelegen sein.

Der Geschäftsherr kann die Wirkung der Vermutungen des § 1029f. gegenüber Dritten nur dadurch beseitigen, daß er durch Publikationen, Verständigungen, Anschläge usw. den guten Glauben des Dritten zerstört. Soweit der Dritte die dem äußeren Scheine entgegenstehende Momente kannte oder kennen mußte, ist er nicht geschützt.[54])

Völlig selbstverständlich ist es ferner, daß gegenüber den Vollmachtvermutungen zu Gunsten des Dritten, wie sie die §§ 1029 und 1030 enthalten, die Bestimmungen über die gesetzlich notwendige Spezialvollmacht keine Bedeutung haben können. Wie alle Momente, welche das interne Verhältnis betreffen, ist auch dieses für das Eingreifen des Vertrauens-

schutzes irrelevant. Dem Dritten gegenüber ist lediglich die Frage entscheidend, ob das betreffende Rechtsgeschäft in den normalen Geschäftskreis eines Verwalters oder eines Angestellten der betreffenden Art fällt. Für die Abgrenzung dieses normalen Geschäftskreises ist in Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung (§§ 1030, 1031)[55]) die Verkehrsauffassung maßgebend, auf welche das Gesetz selbst in § 1029 verweist.[56]) Dieser normale Wirkungskreis wird in vielen Fällen die Geschäfte, zu denen eine Spezialvollmacht nach § 1008 nötig ist, nicht decken, weil das Gesetz dieses Erfordernis hauptsächlich bei ungewöhnlichen Geschäften aufstellt. Daß aber etwa ein Gutsverwalter dem Dritten gegenüber auf Grund des § 1029 zur Veräußerung der Gutserzeugnisse, zur Einziehung des Kaufpreises usw. legitimiert ist, mag er eine Spezialvollmacht besitzen oder nicht, kann keinem Zweifel unterliegen. Mit der Theorie der stillschweigenden Bevollmächtigung wird man auch in dieser Frage kaum zu entsprechenden Resultaten kommen können. Man müßte entweder annehmen, daß die Bestimmungen über die Spezialvollmacht nur für die „ausdrückliche", nicht für die „stillschweigende" Bevollmächtigung gelten; das scheint die Auffassung von Krainz zu sein.[57]) Dabei ist es aber völlig unbegreiflich, warum eine Schranke, welche das Gesetz für die ausdrückliche Willenserklärung festsetzt, für die stillschweigende keine Geltung haben soll. Oder man wäre genötigt, zu dem Monstrum einer auf die besondere Gattung von Rechtsgeschäften lautenden, stillschweigenden Spezialvollmacht seine Zuflucht zu nehmen.[58])

Auch die Frage ist für das Eingreifen des Verkehrs-

[55]) Vgl. Entscheidung GlU., 15.517: Der in einem Laden Angestellte ist zur Empfangnahme von Buchforderungen nicht legitimiert.

[56]) Vgl. Entsch. GlU., 15.439, 15.342.

[57]) I, § 125, Z. 1 u. 2.

[58]) So die Entsch. GlU., II, 1435.

schutzes gleichgültig, ob der im fremden Namen handelnde Geschäftsführer in Wahrheit ein Geschäft des Vertretenen oder ein eigenes Geschäft besorgt hat. Auch das interne Moment der Zweckbestimmung des konkreten Geschäftes kommt dem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht in Betracht, sofern nur das betreffende Geschäft sich objektiv innerhalb des normalen Geschäftskreises des Geschäftsführers hält.[59])

Da endlich dem Dritten gegenüber lediglich die äußere Stellung des Vertreters entscheidend ist, so sind die Voraussetzungen für den Schutz des Dritten so lange gegeben, als jene äußere Stellung fortbesteht, gleichviel, ob die etwa seinerzeit erteilte Vollmacht erloschen ist, ob das betreffende Dienstverhältnis schon gelöst wurde usw.[60]) Auch hier handelt es es sich um eine „offene Vollmacht", auf welche § 1026 Anwendung findet.

Die Normen der §§ 1029f. sind keine Ausnahmsvorschriften; sie beruhen, wie die offene Vollmacht, auf dem allgemeinen Gedanken, daß der Dritte im Vertrauen auf den äußeren Tatbestand eines Vollmachtverhältnisses zu schützen sei, wenn dieser Tatbestand mit Zutun des Geschäftsherrn zu stande gekommen ist. Der Vertrauensschutz ist daher in allen Fällen zur Anwendung zu bringen, wo nach der Verkehrsauffassung ein genügender Tatbestand für die Annahme einer Vollmacht gegeben ist.[61])

Im vollen Einklange mit dem bisher entwickelten Gedanken steht auch die Bestimmung des § 1033 BGB.:

---

[59]) Vgl. zu dieser Frage für das gemeine Recht Hupka a. a. O., S. 233. Er nimmt auch für das „heutige Recht" eine Kontrollpflicht des Dritten hinsichtlich der Zweckbestimmung des Geschäftes an. Dagegen die unten abgedruckte Entscheidung GlU., II. 1825.

[60]) Vgl. Krainz, I, § 127, S. 332.

[61]) Eine Reihe von Beispielen aus der Praxis wird unten vorgeführt werden.

Besteht aber zwischen dem Borgnehmer und dem Borggeber ein ordentliches Einschreibebuch, worin die ausgeborgten Sachen aufgezeichnet werden; so gilt die Vermutung, daß der Überbringer dieses Buches bevollmächtigt sei, die Ware auf Borg zu nehmen.

Wir finden hier dieselbe Vollmachtvermutung wie in den §§ 1029 und 1030, auch diese Bestimmung steht in der Lehre von der stillschweigenden Bevollmächtigung der Dienstpersonen und doch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß es sich dabei in erster Linie um den Schutz des Dritten handelt[62]), der im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand, hier den Besitz des Einschreibebuches, Rechtsgeschäfte geschlossen hat. Nur in einem Punkte geht § 1033 über die §§ 1029 f. hinaus; denn hier ist kein Gewicht darauf gelegt, ob sich das Einschreibebuch mit dem Willen des Dienstherrn in den Händen des Überbringers befindet oder nicht. Jedoch muß — darauf weisen die Eingangsworte des Paragraphen hin — wenigstens gefordert werden, daß das Einschreibebuch mit dem Willen des Dienstherrn besteht. Hat daher der „Borggeber" ohne Wissen des Dienstherrn dem Dienstboten ein solches Buch ausgehändigt, so kann er sich auf § 1033 nicht berufen.[63])

Die Theorie hat bisher die Bedeutung der Vollmachtvermutungen der §§ 1029 f. nicht klar herausgestellt. Krainz ist zwar die Doppelbedeutung des genannten Paragraphen im Verhältnis nach außen und nach innen nicht entgangen, aber seine Theorie von der offenen Vollmacht bringt ihn hier in um so größere Schwierigkeiten, als er an der Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung festhält. Er führt aus[64]): „Eine stillschweigende Ermächtigung kann durch

[62]) Das ist allgemein anerkannt; vgl. Krainz, § 123, S. 322; Stubenrauch, Erl. 2 zu § 1033; Zeiller zu § 1033; Unger, II, 601, A. 53.

[63]) Vgl. Entsch. Gll., 15.807 und dazu Krainz, I, § 123, A. 16.

[64]) I, § 123, S. 320 f.

Handlungen erfolgen, die nach allen Richtungen (?) nichts anderes sind, als stillschweigend (durch konkludente Handlungen) abgegebene Erklärungen; so z. B. wenn jemand es duldet, daß ein anderer in seinem Namen handelt; hier ist die Ermächtigung sowohl für den Machthaber, als für den Dritten eine stillschweigende. Dagegen pflegt (?) die Ermächtigung nur gegenüber dem Dritten eine stillschweigende zu sein, wenn eine solche Anstellung vorliegt, mit welcher schon ihrer Natur nach die Aufgabe verbunden ist, mit Dritten im Namen des Anstellenden Rechtsverhältnisse zu begründen... Doch kann auch solchen Personen zugleich eine offene Vollmacht gegeben sein. . . . Wäre aber dem Angestellten keine oder keine offene Vollmacht erteilt oder diese von ihm verheimlicht worden, dann gilt gleichwohl die Anstellung als (stillschweigende) Ermächtigung zu allen Handlungen, welche die Natur der Anstellung mit sich bringt."

Daß das besonders klar gedacht sei, wird sich nicht behaupten lassen. Soweit ich diese Ausführungen zu verstehen vermag, lassen sie neben dem Bestreben, mit einer verfehlten Theorie[65]) zu halbwegs erträglichen Resultaten zu gelangen, die Absicht erkennen, auch gegenüber den Vollmachtvermutungen des § 1029f. die Behauptung aufrechtzuerhalten, daß zur Herbeiführung der direkten Stellvertretungswirkung eine unmittelbar an den Dritten gerichtete Willenserklärung erforderlich sei; aus diesem Grunde soll offenbar in der Anstellung eine direkt an den Dritten gerichtete stillschweigende Willenserklärung gelegen sein, mag dies nun dem Willen des Anstellenden entsprechen oder nicht. Es entbehrt nicht einer gewissen Komik, wenn Krainz einige Seiten früher[66]) der Praxis vorhält: „Die Praxis nimmt nicht selten eine

[65]) Nach Krainz, I, § 123, S. 320 und § 119, S. 308, A. 3, scheint die „stillschweigende Bevollmächtigung" außer durch Protestation und Reservation auch nach den Irrtumsregeln beseitigt werden zu können.

[66]) I, § 119, S. 308.

stillschweigende Willenserklärung an, wo sehr erhebliche Gründe vorliegen, das Vorhandensein des Willens zu bezweifeln"!

Eine völlig zutreffende Beurteilung der Vollmachtvermutungen der §§ 1029f. im Verhältnis nach außen findet sich bei Unger in der Lehre von den Rechtsvermutungen[67]): „Es gibt endlich Fälle, in welchen das Gesetz eine Partei in ihrer Vermutung, also in ihrer Wahrscheinlichkeitsannahme unterstützt, indem es vorschreibt, daß die in dieser Voraussetzung vorgenommene Handlung die beabsichtigte Wirkung haben solle, sollte gleich jene Voraussetzung im konkreten Falle unrichtig sein: auch diese Vorschriften treten häufig im Gewand von Vermutungen auf, obgleich nicht das Gesetz, sondern nur die Partei von einer Vermutung ausgeht und das Gesetz die Partei nur vor den nachteiligen Folgen der etwaigen Unrichtigkeit ihrer Vermutung schützt."

Auch die Darstellung bei Stubenrauch[68]) enthält einige richtige Bemerkungen. So wird insbesondere betont, daß die Vermutung des § 1029 deshalb aufgestellt sei, „weil sich dritten Personen gegenüber an dasjenige gehalten werden muß, was auch für sie erkennbar ist". Eine ausreichende Begründung und Verwertung dieses Gedankens vermissen wir aber auch hier.

Die Praxis hingegen steht — wenigstens dem Resultate nach — mit einer ganzen Reihe von Entscheidungen auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung und trägt in weitestem Maße dem Gedanken Rechnung, daß der Dritte in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand eines Vollmachtverhältnisses zu schützen sei, mag nun dieser Tatbestand in einer äußeren Anstellung des anscheinend Bevollmächtigten, in einem dem Dritten bekannten tatsächlichen Dulden von Vertretungshandlungen seitens des Vertretenen oder in

---

[67]) II, S. 601, A. 53.

[68]) Zu § 1027 ff. Vgl. auch Winiwarter, bürg. R., § 154 zu § 1030.

anderen äußeren Momenten gelegen sein, welche nach der Verkehrsauffassung geeignet sind, den Schein eines Vollmachtverhältnisses zu erwecken. Einige Entscheidungen mögen den Standpunkt der Praxis und zugleich die vielgestaltigen Möglichkeiten des äußeren Tatbestandes illustrieren.

Entscheidung GlU., II (Neue Folge), 1535: B zahlte im Bureau des A an dessen Kontoristen ausstehende Kaufschillingsforderungen. Obwohl der Angestellte zur Entgegennahme derartiger Zahlungen nicht bevollmächtigt war, wurde A mit seiner Klage auf nochmalige Zahlung in allen Instanzen abgewiesen: Die „Leistung der schuldigen Beträge erfolgte an die im Bureau Angestellten des Klägers . . . und es wurden die bezüglichen Rechnungen stets anstandslos im Namen der klägerischen Fabrik (A) unter Benützung des Vordruckes der Fabriksstampiglie[69]) von dem einen oder anderen dieser daselbst beschäftigten Kontoristen saldiert. Die genannten Angestellten des Klägers haben sich somit dem Zahler gegenüber als Handlungsbevollmächtigte geriert, die beklagte Gesellschaft (B) war auch befugt, die Zahlungen im Geschäftsbureau des Gläubigers zu leisten, da eine andere Weisung aus den Rechnungen nicht zu entnehmen war, und die Folgen der allfälligen Malversation der Angestellten des Klägers treffen diesfalls nur ihn, da er in seinem Bureau unverläßliche Personen bestellt hatte, keinesfalls aber den gutgläubigen Zahler. Da sonach die im Geschäftsbureau des Klägers an seine Angestellten geleisteten Zahlungen . . . im Sinne der §§ 1017 und 1026 (!) ABGB. und Art. 47 HGB. gegen den Geschäftsherrn rechtswirksam sind . . .".

Man sieht, im Bewußtsein der guten Sache hat das Gericht mit der Begründung aus dem Gesetze nicht viel Federlesens gemacht. Immerhin ist es zu begrüßen, daß es das

[69]) Auch die französische Praxis legt auf diese Umstände Gewicht; vgl. oben S. 106.

Gericht verschmäht hat, zu einer „in der Gestattung der Benützung der Stampiglie gelegenen stillschweigenden Bevollmächtigung zu allen Rechtsgeschäften, bei denen die Stampiglie gebraucht wird“[70]), seine Zuflucht zu nehmen.

Entscheidung GlU., II, 122: Der Klage des A gegen die B auf Zahlung eines restlichen Saldobetrages wurde vom Obersten Gerichtshofe stattgegeben auf Grund der Annahme eines Vollmachtverhältnisses zwischen der B und ihrem Gatten C: „Es darf nicht übersehen werden, daß die Beklagte in der Duplik ausdrücklich gestanden hat, daß ihr Gatte C in ihrem Geschäfte tätig war, insbesondere für sie Bestellungen besorgt und die Korrespondenz geführt hat. Sie mußte auch zugeben, daß der Butterhandel bei der Gewerbebehörde auf ihren Namen angemeldet war . . . und daß eine vor dem Geschäftslokale angebrachte Tafel sie als Inhaberin der Handlung bezeichnet; sie hat endlich nicht geleugnet, daß der Kläger in der letzten Zeit die von ihrem Gatten bestellte Ware und die Fakturen unter ihrer Adresse abgeschickt hat und es kommt nicht hervor, daß sie dagegen einen Einspruch erhoben habe; im Gegenteile, sie hat die Ware anstandslos angenommen und bezahlt.“

Entscheidung GlU., I, 15713: A klagte den B auf Zahlung eines Kaufschillingsrestes für Schweine, welche er dem C im Betriebe des Wirtsgeschäftes des B geliefert hatte. Das Oberlandesgericht gab der Klage statt: „Der Erstrichter hat als erwiesen angenommen, daß der Beklagte (B) seinen Oheim C zum Geschäftsführer in dem Wirtsgeschäfte bestellt hat, und daß die der Klagsforderung zu Grunde liegenden Kaufgeschäfte in den Kreis der dem C in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer des Beklagten zustehenden Befugnisse fallen. Bei solcher Sachlage kommt die Bestimmung des § 1029 ABGB. zur vollen Anwendung, durch welche Gesetzesstelle der Kläger (A)

[70]) Ähnlich die oben S. 104 f. angeführten Entscheidungen.

zu der Vermutung, daß durch die von C abgeschlossenen Lieferungsgeschäfte der Beklagte als Käufer und Abnehmer der gelieferten Schweine zur Zahlung des Kaufschillings verpflichtet werde, autorisiert und gegen die nachteiligen Folgen der etwaigen Unrichtigkeit dieser Annahme geschützt wird, ohne daß den Abmachungen, welche C und B über ein zwischen ihnen bestehendes Verrechnungsverhältnis getroffen haben, Dritten gegenüber ein Einfluß auf die rechtlichen Folgen des nach außen hin erkenntlich gemachten Vertretungsverhältnisses beizumessen ist, daher auf den vom Beklagten über diese geheimen Verabredungen angebotenen Beweis nicht abzugehen . . . war."

Der Oberste Gerichtshof bestätigte das Urteil des Oberlandesgerichtes „aus dessen Gründen und in der Erwägung, daß das Wirtsgeschäft, für welches die Schweine geliefert wurden . . . nicht bloß vermöge einer lediglich dem Beklagten zustehenden Konzession, sondern auch in einem Lokale betrieben worden sei, welches . . . mit einer den Namen des Beklagten tragenden Firmatafel versehen war, daß dieses nur mit Zustimmung des Beklagten geschehen konnte und daher die Gestattung zum Gebrauche seines Namens bei der Führung des Geschäftes als vorhanden angesehen werden müsse, daß aber angesichts der hiedurch an den Tag tretenden Ermächtigung des C, das Wirtsgeschäft im Namen des Beklagten zu führen, die nur zwischen B und C bestandenen Abmachungen im Verhältnisse zu Dritten keine Berücksichtigung finden können."[71])

Entscheidung GlU., I, 10617: A belangte die Weinhandlungsfirma B e figli auf Zahlung eines Kaufschillingsrestes für die dem C als Bevollmächtigten der Beklagten verkaufte Maische und produzierte zum Beweis der Vollmacht einen ihm von C beim Abschlusse des Handels ein-

[71]) Vgl. auch Entsch. GlU., 15.531.

gehändigten „Bon", der im Eingange gedruckt die Worte „B e figli Bolzano" enthielt. Die beiden oberen Instanzen gaben der Klage statt: „Die beklagte Firma gibt zu, daß der vom Kläger produzierte Bon einem Juxtenbuche entnommen ist, welches sie in bianco dem C zum Zwecke übersandt hat, damit er bei den für ihre Rechnung gemachten Maischeinkäufen ein Pare (die figlia) ausgefüllt dem Verkäufer, und das andere im Juxtenbuche verbleibende Pare (die madre) ihr einsende. Die Firma behauptet, daß diese Einrichtung ihr nur zur Kontrolle . . . dienen sollte. Wenn man aber den Bon prüft, wird man sofort gewahr, daß die Einrichtung des Juxtenbuches weit über den Zweck der Kontrolle hinausging . . . Für eine Kontrolle wäre es nicht notwendig gewesen, daß die den Parteien einzuhändigenden Parien, die figlie, die Aufschrift „B e figli Bolzano" vorgedruckt tragen und daß sie mit „buono per" beginnen. Will man den Anschauungen des Verkehrs Rechnung tragen, so muß man anerkennen, daß in den Empfängern solcher Bons die Überzeugung hervorgerufen werden sollte und mußte, daß sie eine Forderung gegen die Firma B und Söhne erlangen. Der Besitz des Juxtenbuches muß demnach geradezu als offene Vollmacht (§ 1017 ABGB.) erscheinen, so daß der unter Aushändigung der „figlia" vom Besitzer des Juxtenbuches geschlossene Vertrag als im Namen der Firma B geschlossen anzusehen ist."

In zahlreichen Entscheidungen ist ferner der Grundsatz anerkannt, daß in dem fortgesetzten Dulden von Vertretungshandlungen ein genügender äußerer Tatbestand für die Annahme eines Vollmachtverhältnisses gelegen sei. So wird in der Entscheidung GlU., II, 1875[72]) (Legitimation zur Bestellung von Reparaturarbeiten namens einer Kirchenvor-

[72]) Vgl. auch Entsch. GlU., II, 1435, I, 11.102, 5725, 400. A. C. (Adler-Clemens), 1500, 853.

stehung) ausgeführt: „Aus dieser langjährigen Übung folgt, daß der Meßner D seitens der Kirchenvorstehung ermächtigt war, bei erforderlichen Reparaturen nicht nur die Anzeige an den technischen Beirat zu machen, sondern daß auch die Beklagte (Kirchenvorstehung) . . . . solche Herstellungen anerkannte. Da nun im vorliegenden Falle ganz derselbe Vorgang beobachtet wurde, muß im Sinne des § 1029 ABGB. die seitens des D erfolgte Anzeige von den eingetretenen Schäden als im Namen und Auftrage der Kirchenvorstehung geschehen betrachtet werden."

In der Entscheidung GlU., II, 1922, ist anerkannt, daß die Lösung des Dienstverhältnisses dem gutgläubigen Dritten gegenüber belanglos ist, so lange der betreffende Angestellte in seinem äußeren Verhältnisse als Angestellter bleibt[73]): „Auf Grund des vom Gerichte erster Instanz festgestellten Tatbestandes nahm das Berufungsgericht (und ebenso der Oberste Gerichtshof) an, daß dem A die Enthebung des C vom Amte eines Kassiers ohne sein Verschulden unbekannt geblieben war, weshalb C . . . als er die Quittung (in seinem Bureau) entgegennahm und dem A die Einsendung des quittierten Geldes zusicherte, diesem gegenüber noch immer als . . . amtlich bestellter Bevollmächtigter der belangten Bezirksvertretung handelte und diese letztere für seine amtliche Tätigkeit nach den §§ 1017 und 1026 ABGB. verantwortlich blieb."

In der Entscheidung GlU., II, 1825, ist ferner auch der Umstand dem gutgläubigen Dritten gegenüber für irrelevant erklärt, ob der innerhalb seines normalen Wirkungskreises handelnde Vertreter ein eigenes Geschäft oder das des Vertretenen besorgt hat[74]): Der Klage der Firma A gegen die ärarische Fachschule für Eisen- und Stahlbearbeitung in X

[73]) Vgl. oben S. 242.
[74]) Vgl. oben S. 241 f.

auf Zahlung des Kaufpreises für einen bestellten Kesselofen wurde von den beiden oberen Instanzen stattgegeben: „Schon der erste Richter hat angenommen, daß die Bestellung des Kesselofens (der für die Privatvilla des Direktors bestimmt war) . . . in einer Weise erfolgte, daß die Klägerin annehmen konnte, der Ofen wäre für die Fachschule bestimmt. In dieser Hinsicht sei noch darauf hingewiesen, daß die Bestellung auf einem Blankette geschrieben ist, das in besonders deutlicher Weise den Vordruck „K. k. Fachschule für Eisen- und Stahlbearbeitung in X." . . . trägt, daß sich der Besteller als k. k. Direktor unterfertigt und daß außerdem das Amtssiegel beigedruckt ist. . . . Auch schreibt der Besteller „benötigen wir" . . . so daß nach dem Vordrucke, dem Amtssiegel, der Unterschrift und dem Inhalte des Schreibens die Klägerin mit Recht annehmen durfte, die Bestellung sei seitens der Fachschule und nicht durch den Direktor als Privatperson erfolgt. Hieran ändert der Umstand nichts, daß die Fachschule in X. tatsächlich einen Kesselofen nicht notwendig hat . . . Durch den . . . § 4 des Statutes (Ermächtigung des Direktors zur Beschaffung sämtlicher für die Anstalt notwendigen Erfordernisse), bezw. durch die Anstellung des B als Direktor wurde der Genannte Macht- oder Gewalthaber der Fachschule. Seine Ernennung schuf nicht bloß Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Mandanten und dem Angestellten, sie umfaßt zugleich eine an dritte Personen gerichtete, wenn auch stillschweigende Erklärung des Inhaltes, daß die vom Vertreter ausgehenden Handlungen als solche des Machthabers anzusehen seien; es liegt eine offene Vollmacht im Sinne des § 1017 ABGB. vor, zufolge deren der Angestellte im Namen des Anstellers handelt und diesem Rechte und Verbindlichkeiten erwirbt. Es findet aber auch die Bestimmung des § 1029 ABGB. volle Anwendung, wonach die Ermächtigung des Direktors zum Abschlusse des Kaufes vermutet werden mußte. . . . Nachdem die, sei es in-

folge der Stellung des Direktors überhaupt, sei es infolge der Bestimmung des § 4 des vorliegenden Statutes, im besonderen Falle vorhandene Ermächtigung des Gewalthabers nach außen nicht in einer Weise zum Ausdrucke gekommen ist, daß der Kauf eines Kesselofens für Dritte sich als eine Überschreitung dieser Vollmacht darstellt und als solche dritten Personen erkenntlich gemacht worden wäre, nachdem der Gewalthaber B innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht — soweit diese anderen erkennbar sein konnte — den Kaufvertrag mit der klägerischen Firma abgeschlossen hat, so kommen die durch das Rechtsgeschäft gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber . . . zu."

Ich habe die, übrigens noch viel weitläufigeren Entscheidungsgründe so ausführlich abgedruckt — nicht um ihrer Schönheit willen, sondern um zu zeigen, wie außerordentlich schwer es der Praxis durch die herrschende Theorie gemacht wird, einen völlig richtigen Gedanken kurz und gut zu begründen. Ein Gedanke, der sich in drei Zeilen ausdrücken läßt, wird in dieser Entscheidung auf zwei Druckseiten immer wieder von neuem angefaßt und doch wird der Kernpunkt der Sache kaum einmal direkt getroffen. Daß das Gericht selbst mehr seinem guten Gewissen als seinen Gründen getraut hat, zeigt der Schlußsatz der Entscheidung: „Unter Hinweis endlich auf die Anschauungen und Bedürfnisse des Verkehrs, welche zur Rechtfertigung dieser Auffassung beitragen, wurde dem Klagebegehren somit stattgegeben."

Noch schärfer akzentuiert die Praxis den Schutz des Vertrauens an den äußeren Tatbestand eines Vertretungsverhältnisses auf dem Gebiete des Handelsrechtes (auf Grund der Art. 47 und 50 HGB.).[75]) In der Entscheidung vom 18. September 1901, Z. 12156 (Zentr.-Bl. 1901, 447) ist

[75]) Vgl. dazu Staub-Pisko, Erl. zu Art. 47 u. 50.

ausgesprochen, daß dem Dritten gegenüber nur die äußere Erscheinung des Vertretungsverhältnisses maßgebend sei; nach der Entscheidung A. C. 1106 gilt die Bezeichnung als „Repräsentant" auf der Firmatafel Dritten gegenüber als Bestellung zum Handlungsbevollmächtigten, wenn der Repräsentierte diese Tafel geduldet hat; die Entscheidung vom 27. März 1903, Z. 3230 (Ger.-H. 1904, 14, 15) stellt den Grundsatz auf, daß derjenige, welcher die Anbringung seines Namens auf dem Firmaschilde eines Geschäftslokales gestattet, für alle zum Betriebe des in diesem Geschäftslokale betriebenen Handelsgewerbes eingegangenen Verbindlichkeiten hafte, ohne Rücksicht darauf, wem das Geschäftslokal tatsächlich gehört und auf wessen Rechnung das Handelsgewerbe betrieben wird. Nach der Entscheidung A. C. 1839 kann sich der Dritte ohne Rücksicht auf das interne Verhältnis darauf berufen, daß dem Handlungsreisenden Blankette überlassen wurden, zufolge welcher er als Vertreter des Prinzipals für bestimmte Länder bezeichnet wird; usw.[76])

Hervorzuheben ist ferner, daß nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs der Überbringer einer Quittung als zur Empfangnahme der Zahlung bevollmächtigt angesehen wird. Wir dürfen daher unser Prinzip des Schutzes des Vertrauens auf den äußeren Tatbestand eines Vollmachtverhältnisses auch hier zur Anwendung bringen. Daraus ergibt sich, daß der Schutz des Dritten auf dem Gebiete des Zivilrechts zwar nicht so weit reicht, wie nach Art. 296 HGB., daß er aber doch in jenen Fällen eingreift, wo sich die Quittung mit Zutun des Gläubigers in den Händen des Überbringers befindet.[77]) Merkwürdig ist die Stellung, welche Krainz zu dieser Frage

[76]) Vgl. die Zusammenstellung in der Manzschen Ausg. des HGB.

[77]) So auch das Pr. L. R.; vgl. dazu oben S. 107 f. A. M. Stubenrauch und Entsch. GU., 13.457. Eine Analogie aus § 1033 ist selbstverständlich ausgeschlossen, da dieser Paragraph, wie ausgeführt wurde, über das Prinzip hinausgeht.

einnimmt.[78]) Er erblickt zwar in der Übergabe der Quittung eine an den Dritten gerichtete stillschweigende Einkassierungsermächtigung, läßt aber trotzdem den Gegenbeweis zu, daß der Überbringer die Quittung zu einem anderen Zwecke empfangen habe. Das ist von Krainz' eigenem Standpunkte aus unbegreiflich. Oder sollten auch die „stillschweigenden Ermächtigungen", die Krainz in den Fällen der §§ 1029f. annimmt, durch einfachen Gegenbeweis entkräftbar sein? Das kann doch nicht gut vorausgesetzt werden.[79])

Im Sinne der Vermutungen der §§ 1029f. ist endlich auch auszulegen der Begriff der „Dienstleute" in § 970.[80]) Nach dieser Bestimmung haften Wirte für Sachen, die von aufgenommenen Reisenden ihnen selbst oder ihren Dienstleuten übergeben worden sind, gleich einem Verwahrer. Auch hier genügt der äußere Tatbestand der Anstellung. Es ist gleichgültig, ob die betreffende Person wirklich in einem Dienstverhältnisse zum Wirte steht, entscheidend ist lediglich, ob sie sich als Angestellter geriert, oder wie sich das deutsche BGB. (§ 701, Abs. 2) ausdrückt, ob jene Person als zur Entgegennahme der Sachen „bestellt anzusehen war". Auch hier muß jedoch gefordert werden, daß der äußere Tatbestand der Anstellung mit Zutun des Wirtes zu stande gekommen ist.[81])

Es ist nun noch eine Frage zu streifen, die sich mit unserem Thema berührt, die Frage, welche Bedeutung im

---

[78]) I, § 123, S. 322, insbesondere A. 17.

[79]) Vgl. dazu oben S. 244, A. 65.

[80]) Auf den Zusammenhang zwischen § 1029 und 970 haben schon Pfaff, Gutachten, S. 89 und Krainz, II, § 359, A. 10 und I, § 123, A. 14, hingewiesen.

[81]) Ebenso das deutsche BGB.; vgl. oben S. 112f. Zu ähnlichen praktischen Ergebnissen kommt Schey, Obl., I, 2, § 57, A. 12 u. 13 und Krainz, II, § 359, A. 8.

österreichischen Rechte die sogenannten Vollmachtkundgebungen haben. Derartige Kundgebungen können, mögen sie dem Dritten unmittelbar oder durch öffentliche Bekanntmachung zugehen, nach österreichischem Rechte eine Vollmacht nicht zur Entstehung bringen. Zur Begründung der Vollmacht bedarf es, wie ausgeführt wurde, eines Vertrages zwischen Machtgeber und Machthaber.[82]) Es ist daher auch gleichgültig, ob die betreffende Kundgebung lautet: „ich bevollmächtige den X", oder „ich habe den X bevollmächtigt". Jedoch kann in einer derartigen Kundgebung zugleich eine Offerte an den zu Bevollmächtigenden gelegen sein, welche dieser letztere ausdrücklich oder stillschweigend (durch Ausführung eines Geschäftes im Namen des Machtgebers) annehmen kann.

Im übrigen kann es sich für das österreichische Recht nur um die Frage handeln, ob der Dritte in seinem Vertrauen auf derartige Kundgebungen zu schützen sei. Zur Lösung dieser Frage können wir uns nicht ohneweiters auf den bisher verfolgten Rechtsgedanken berufen. Es handelt sich hier nicht um die natürliche äußere Erscheinungsform eines Vertretungsverhältnisses, sondern um die Frage, ob derjenige, welcher eine rechtlich relevante Behauptung aufstellt, diese Behauptung gegen sich gelten lassen muß, wenn ein Dritter im Vertrauen auf diese Behauptung Rechtsgeschäfte vornimmt.[83])

Einen unmittelbaren Anhaltspunkt für die Bejahung

---

[82]) Das ist auch die Auffassung von Krainz, trotz seiner Lehre, daß nur die an den Dritten unmittelbar gerichtete Erklärung die Wirkungen der direkten Stellvertretung hervorzubringen vermöge; die Vollmachtserklärung muß nach Krainz sowohl an den Stellvertreter als an den Dritten gerichtet und von dem Machthaber angenommen werden; vgl. I, § 123, S. 319 f. Welche Bedeutung die bloß an den Dritten gerichtete Ermächtigung hat, bleibt unklar. Stubenrauch zu § 1017, Erl. 4 führt Beispiele von Vollmachtskundgebungen an, ohne daß jedoch ersichtlich wäre, welche rechtliche Bedeutung er diesen Kundgebungen zuschreibt.

[83]) Vgl. Hupka, Haftung d. Vertreters, S. 93 f. und dazu oben S. 75 ff.

dieser Frage haben wir, soviel ich sehe, im BGB. nicht.[84]) Der Fall des § 1396, an den etwa gedacht werden könnte, spricht von einer Anerkennung des Schuldners, also nicht von der bloßen Behauptung einer Tatsache, sondern von einem Dispositivakte.[85]) Das Erfordernis der Redlichkeit des Übernehmers, welches an dieser Auffassung irre machen könnte, ist wohl nur in dem Sinne gemeint, daß bei Unredlichkeit des Übernehmers die Anerkennung wegen Betruges angefochten werden kann.[86])

Doch glaube ich, daß eine Lösung im Wege der Analogie aus den bisherigen Ergebnissen gewonnen werden kann. Wenn das Gesetz im weitesten Umfange dem Gedanken Rechnung getragen hat, daß der Verkehr in seinem Vertrauen auf den äußeren Tatbestand von Rechten und Rechtsverhältnissen zu schützen sei, so werden wir auch annehmen dürfen, daß es im Geiste des Gesetzes gelegen ist, diesen Schutz auch dann eintreten zu lassen, wenn die objektive Grundlage für das Vertrauen des Dritten in einer Behauptung oder Anzeige gelegen ist. Auch diese Form des Verkehrsschutzes wird aber dort seine Schranke finden müssen, wo sie dem allgemeinen Prinzip gesetzt ist. Der Schutz greift nicht ein, wenn die Anzeige wider Willen desjenigen zu stande gekommen ist, dem dieser Schutz zum Nachteile gereicht. In diesem Sinne darf, wenngleich in der Behauptung oder Anzeige eine Willenserklärung nicht gelegen ist, auch die Analogie der Irrtumslehre herangezogen werden.

Wenn wir auf eine derartige Analogie eingehen wollen, dann werden wir diesen Gedanken auch in anderen Fällen

---

[84]) Aus der analogen Heranziehung der §§ 878, 923 würde sich nur eine Schadenersatzpflicht ergeben. § 1204, welcher unserem Gedanken näher steht, läßt keine analoge Anwendung zu.

[85]) Vgl. oben S. 203.

[86]) Vgl. Krainz, II, § 331 a. E. und I, § 162, A. 23; Hasenöhrl II, § 74, A. 56.

zur Anwendung bringen müssen, wo die Verhältnisse eben so liegen wie bei der Vollmachtanzeige. Wenn der Zedent dem Schuldner die Abtretung der Forderung angezeigt hat, wenn der Eigentümer dem Bestandnehmer die Veräußerung des Bestandobjektes mitgeteilt hat, so wird der Anzeigende diese Behauptung zu Gunsten des gutgläubigen Dritten gegen sich gelten lassen müssen.[87])

[87]) Vgl. § 409 und § 576 d. BGB. und dazu oben S. 75 f.

IV. Der Schutz des gutgläubigen Dritten im ehelichen Güterrechte.

Alle modernen Gesetzgebungen haben die Notwendigkeit anerkannt, den Dritten gegenüber dem unkennbaren güterrechtlichen Verhältnisse zwischen Ehegatten zu schützen, wenn sie auch in der Art der Durchführung die verschiedensten Wege gehen.[1]) Im heutigen Verkehrsleben würde es zu unerträglichen Konsequenzen führen, wollte man die internen güterrechtlichen Beziehungen nach außen hin schrankenlos wirken lassen.

Ein Bedürfnis nach einem derartigen Schutze besteht zweifellos auch im österreichischen Rechte. Gegenüber dem gesetzlichen Güterrechte ist die Lage des Dritten allerdings insofern günstiger wie nach anderen Rechten, als die Ehe in die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Gatten in sehr geringem Maße eingreift. Was aber die vertragsmäßigen Güterstände anlangt, so würde sich hier ein Auswirken des internen Rechtsverhältnisses nach außen um so bedenklicher geltend machen, als es an einer gesetzlichen Regelung dieser Güterstände vollständig mangelt. So enthält das BGB. über die in der Landbevölkerung der deutschen Alpenländer noch vorherrschende allgemeine Gütergemeinschaft (unter Lebenden) nicht eine einzige Norm[2]) und ebensowenig haben Theorie und Praxis irgend einen feststehenden Rechtssatz über die Wirkungen dieser allgemeinen Gütergemeinschaft ausgebildet.

---

[1]) Vgl. oben S. 34 f.

[2]) Vgl. Kafka, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall (1906), S. 169.

Die gewaltige Lücke, welche das Gesetz hier aufweist[3]), ist uns erst so recht zum Bewußtsein gekommen durch das deutsche BGB., welches nicht weniger als 80 Paragraphen zur Regelung dieser Materie aufwendet. Die eingehendste Monographie, welche wir über das Ehegüterrecht besitzen, tut die Gütergemeinschaft unter Lebenden auf zwei Seiten ab[4]) und enthält über die Rechtswirkungen derselben nur einen Satz, von dem überdies nur das eine sicher ist, daß er falsch ist.[5])

Der Dritte, der sich mit den in Gütergemeinschaft lebenden Gatten in Rechtsgeschäfte einläßt, ist daher nicht nur dann den Folgen des internen Rechtsverhältnisses schutzlos preisgegeben, wenn er nicht wußte, daß seine Gegenpartei verheiratet sei, oder in allgemeiner Gütergemeinschaft lebe, sondern er ist auch dann in einer sehr prekären Lage, wenn er von diesem letzteren Umstand Kenntnis hat; denn welche Konsequenzen dieses Rechtsverhältnis für ihn haben wird, läßt sich in keiner Weise absehen.

Daß diese Mißstände bisher in der Rechtsprechung nicht allzusehr hervortreten und Streitigkeiten dieser Art selten vor die Gerichte gelangen[6]) ist in der eigenartigen Gestaltung begründet, welche die Gütergemeinschaft in den bäuerlichen Kreisen zeigt. Wer diese Verhältnisse mit eigenen Augen kennen zu lernen Gelegenheit hatte, der weiß, daß der deutsche

---

[3]) Freilich nicht vom Standpunkte der Redaktoren; denn diese wollten jede Gütergemeinschaft nur auf den Todesfall verstanden wissen; vgl. Kafka a. a. O., S. 162 ff.

[4]) Ogonowski, Ehegüterrecht, S. 397 f. Nicht ausführlicher ist Anders, Familienrecht, S. 145 f. und Krainz, II, § 436, S. 413 f.

[5]) Ogonowski erklärt nämlich „einfach" die Normen über den Gesellschaftsvertrag für maßgebend. Nun enthält aber das BGB. glücklicherweise wenigstens den negativen Rechtssatz, daß die Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag auf die Gütergemeinschaft unter Ehegatten nicht anwendbar sind (§ 1180). Vgl. dazu Kafka a. a. O., S. 153 ff., 169.

[6]) Die gerichtlichen Entscheidungen betreffen fast ausschließlich die Frage der Schuldenhaftung nicht aber die der Verfügungsberechtigung.

Bauer der Alpenländer bei dem überkommenen System der Gütergemeinschaft ein völlig autokratischer Herrscher ist[7]), soweit es sich nicht um Verfügungen über das Bauerngut selbst handelt. Von dem Gefühle der Notwendigkeit einer Einwilligung der Frau ist in der Landbevölkerung keine Rede und noch viel weniger davon, daß diese mangelnde Einwilligung einem Dritten entgegengesetzt werden könnte. Der Bauer, der sich seinem Kontrahenten gegenüber nachträglich auf die mangelnde Einwilligung der Bäuerin beruft, ist eine höchst unglaubwürdige Erscheinung, die nur unter advokatorischem Einflusse und am Rande des materiellen Ruins denkbar ist. Die Rechtsgeschäfte, welche die Frau nach der Auffassung dieser Kreise selbständig abzuschließen berechtigt ist, beschränken sich auf den engen Rahmen einer scharf umgrenzten Schlüsselgewalt. Diese Verhältnisse sind so fest begründet, daß sich die Rechte der Frau am Gesamtgute tatsächlich erst nach dem Tode des Mannes zeigen. In dieser Gestaltung liegt zugleich die Erklärung, warum unsere Redaktoren unter Berufung auf ein altes Herkommen der Gütergemeinschaft nur Wirkungen auf den Todesfall zugeschrieben haben (§ 1234)

---

[7]) Es läßt sich kaum etwas verkehrteres denken, als die Anwendung der Normen über den Gesellschaftsvertrag und über die Gemeinschaft des Eigentums auf die bäuerliche Gütergemeinschaft; die Redaktoren haben dies trotz ihrer naturrechtlichen Auffassung der Ehe recht wohl erkannt (vgl. § 1180 und oben A. 5). Der herrschenden Lehre sind diese Bedenken fremd. Auch in der allgemeinen Gütergemeinschaft des deutschen BGB. tritt die autokratische Gewalt des Mannes über das Gesamtgut scharf hervor. Dernburg, IV, § 58, I, bemerkt dazu freilich: „In den ordentlichen gesetzlichen Güterstand des BGB. fallen mächtige Strahlen moderner Ideen; in der allgemeinen Gütergemeinschaft des BGB. walten durchaus mittelalterliche Anschauungen". Das ist, wie ich glaube, eine Verkennung der Aufgaben des Gesetzes. Die „mittelalterlichen Anschauungen" walten im Bauernstande, der das Hauptkontingent für diesen Güterstand stellt. Es ist nicht die Aufgabe des Gesetzes, den Bauer modern zu machen und die Zeit, in der sich der Gedanke der paritätischen Ehe im Bauernstande durchgesetzt haben wird, wird das deutsche BGB. kaum erleben.

und nur hinsichtlich des unbeweglichen Gutes eine Ausnahme machen (§ 1236).[8])

Immerhin liegt aber in der rechtlichen Möglichkeit, auf das interne vertragsmäßige Güterrecht zurückzugreifen, eine gefährliche Quelle für die Schädigung gutgläubiger Dritter. Dazu kommt noch, daß die normalen Wirkungen des gesetzlichen Güterrechtes, insbesondere das Verwaltungsrecht des Mannes, durch bloßen Widerspruch der Frau beseitigt werden kann und daher der Dritte auch in dieser Hinsicht den Rückwirkungen unkennbarer Verhältnisse ausgesetzt ist.

Wenn wir nun nach dem Schutze des Dritten gegenüber dem ehelichen Güterrechte fragen, so ist zunächst festzustellen, daß die allgemeinen Grundsätze über den Verkehrsschutz durch das Güterrecht nicht tangiert werden und daß insbesondere der grundbuchrechtliche und fahrnisrechtliche Vertrauensschutz im Gegensatze zum deutschen BGB.[9]) gegenüber den vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe unbeschränkt aufrecht bleibt.

Einen Anhaltspunkt für den Schutz des Dritten in einer anderen Richtung gewährt die Vollmachtvermutung des § 1238:

> So lange die Ehegattin nicht widersprochen hat, gilt die rechtliche Vermutung, daß sie dem Manne als ihrem gesetzmäßigen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut habe.

Wir finden hier eine ähnliche Vermutung für die Vollmacht innerhalb des normalen Wirkungskreises eines Vermögensverwalters, wie in § 1029 und wir werden daher auch diese Vermutung in verschiedenem Sinne behandeln dürfen, je nachdem das Verhältnis nach innen oder nach außen in Frage steht. Dritten gegenüber handelt es sich um eine Vermutung, die nicht durch einfachen Gegenbeweis oder

---

[8]) So ist das „in der Regel" des § 1234 von den Redaktoren gemeint; vgl. Kaska a. a. O., S. 162 ff.

[9]) Vgl. oben S. 47 f.

durch den Nachweis des erfolgten Widerspruches der Frau entkräftet werden kann. Es ist Sache der Gattin, dafür zu sorgen, daß die Entziehung der Verwaltung im Verhältnisse nach außen kennbar wird. Daß der bloß interne Widerspruch nicht genüge, um Rechtsgeschäfte, welche ein Dritter im Vertrauen auf das dem Manne zukommende normale Vertretungsrecht mit diesem geschlossen hat, unwirksam zu machen, liegt dem natürlichen Rechtsgefühle so nahe, daß sich im Rechtsleben seit einiger Zeit ganz spontan das Bedürfnis einer gerichtlichen Verlautbarung des Widerspruches geltend macht. Der Oberste Gerichtshof hat diesem Gefühle in dankenswerter Weise dadurch Rechnung getragen, daß er den Parteien die Hilfe des Gerichtes zur Verfügung gestellt hat.[10]) Die Begründung ist überaus charakteristisch. Die Zulassung der gerichtlichen Kündigung sowie der gerichtlichen Verständigung der Schuldner und Pächter der Gattin erfolgte „in der Erwägung, daß für den Widerspruch, durch welchen die gesetzliche Vermutung des § 1238 ABGB. . . . entkräftet werden kann, eine besondere Form nicht vorgeschrieben, aber auch durch kein Gesetz die gerichtliche Erklärung dieses Widerspruches verboten ist; daß derselbe doch nur in der Absicht erfolgen kann, eine Änderung in der bisher dem Gatten anvertrauten Verwaltung des freien Vermögens der Gattin mit voller Wirkung auch dritten Personen gegenüber eintreten zu lassen; daß also die Gattin ein Interesse daran hat, daß von diesem ihren Widerspruche auch ihre zunächst beteiligten Pächter und Schuldner in glaubwürdiger Weise verständigt werden . . ." In sehr naiver Weise tritt hier der Gedanke zu Tage, daß der interne Widerspruch Dritten gegenüber nicht „volle Wirkung" haben könne.

Die Bestimmung des § 1238 geht davon aus, daß die Ehegatten in einer gültigen Ehe leben. Die Gleichstellung

---

[10]) Entsch. Gll., 12.734; vgl. auch 12.997.

dieser Vollmachtvermutung mit der des § 1029 berechtigt uns aber, weiter zu schließen, daß es auf die Gültigkeit des der Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses nicht ankommen kann. Die nachträgliche Ungültigerklärung der Ehe kann daher im Verhältnis zum gutgläubigen Dritten an den Wirkungen dieser Vermutung nichts mehr ändern. Die vom Manne innerhalb des Rahmens der ordentlichen Verwaltung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte bleiben trotz der Ungültigerklärung der Ehe wirksam. Für diese Folgerung darf man sich auch darauf berufen, daß die volle Rückwirkung der Ungültigerklärung der Auffassung des BGB. überhaupt nicht entspricht.[11]) Das BGB. behandelt die Ungültigerklärung der Ehe zusammen mit der Scheidung und Trennung der Ehe unter Rubrik „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft" (§§ 93ff.) und bestimmt auch hinsichtlich der Wirkung auf die Ehepakten nur, daß das Vermögen, soweit es vorhanden ist, in den vorigen Stand zurückkommt (§ 1265). Eine Rückwirkung der Ungültigkeit auf die mit Dritten abgeschlossene Rechtsgeschäfte würde dem Standpunkte des Gesetzes gewiß nicht gerecht werden.[12])

Die Analogie mit § 1029 führt aber noch weiter. Geradeso wie es im Falle des § 1029 gleichgültig ist, ob der Vertrag, auf welchem die Verwaltung beruht, besteht oder nicht, wie dort nur die äußere Stellung als Verwalter dem Dritten gegenüber maßgebend ist, so dürfen wir auch annehmen, daß die Vollmachtvermutung des § 1238 im Verhältnisse nach

---

[11]) Der schweiz. Entw. stellt sich grundsätzlich auf den Standpunkt der Wirkung ex nunc; vgl. oben S. 31, A. 7.

[12]) Nach der herrschenden Lehre (vgl. Anders, Familienrecht, S. 108 f.) verschwindet auch die Vermutung des § 1238 nach rückwärts hin und greift nur das „modifizierende Prinzip" des § 1458 ein, wodurch die ex nunc oder ex tunc-Wirkung von der Schuldlosigkeit der Ehegatten abhängig gemacht wird. Daß das für den Dritten, der mit den Ehegatten Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, zu sehr merkwürdigen Konsequenzen führt, ist dabei wohl nicht bedacht.

außen unabhängig ist davon, ob eine Eheschließung stattgefunden hat oder nicht. Es handelt sich daher lediglich darum, daß zwei Personen nach außen hin wie Eheleute miteinander leben. Das ist der Grund, der in dem Dritten die Vermutung wachrufen kann, daß der Mann Verwalter des Frauengutes sei. Wie § 1029 die aus dem äußeren Verhältnisse entspringende Vermutung des Dritten gegen Anfechtungen aus dem internen Verhältnisse sicherstellt, so dürfen wir auch im analogen Falle des § 1238 dieses äußere Verhältnis als allein entscheidend erklären; mit anderen Worten, die „Nichtehe" ist nicht anders zu behandeln als die ungültige Ehe, sofern nur eine Scheinehe in dem Sinne vorliegt, daß die betreffenden Personen äußerlich wie Ehegatten miteinander leben. In diesem äußeren Tatbestande liegt zugleich die rechtfertigende Grundlage für das Vertrauen des Dritten.[13])

Dasselbe, was für das Vertretungsrecht des Mannes gilt, gilt auch für das der Frau, für die sogenannte Schlüsselgewalt. Das Gesetz enthält über diese Schlüsselgewalt freilich keine ausdrückliche Bestimmung, aber der Bestand des Vertretungsrechtes der Frau innerhalb des häuslichen Wirkungskreises kann nicht zweifelhaft sein.[14]) Man operiert hier meist mit der stillschweigenden Bevollmächtigung der Frau durch den Mann.[15]) Man kann diese Konstruktion akzeptieren, wenn man sich bewußt bleibt, daß es sich dabei lediglich um einen Konstruktionsbehelf zur Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes

---

[13]) Vgl. dazu oben S. 30 f. und 44 f.

[14]) Vgl. Krainz, I, § 123, A. 13; Anders, Familienrecht, S. 99; Grundriß, § 27, Entsch. GM., 16.006, 10.603.

[15]) So insbesondere Krainz a. a. O. Die Annahme einer „gesetzlichen" Vertretungsmacht ist ohne gesetzliche Bestimmung doch nicht gut möglich und aus der selbstverständlichen Bestimmung des § 92, daß die Frau dem Manne in der Haushaltung beizustehen habe, folgt noch nicht, daß sie ihn durch Rechtsgeschäfte verpflichten kann.

handelt. Natürlich besteht aber durchaus kein Grund, diese stillschweigende Bevollmächtigung nur dort anzunehmen, wo eine gültige Ehe besteht. Die Annahme dieser Bevollmächtigung ist gleich gerechtfertigt in den Fällen, wo zwei Leute wie Ehegatten miteinander leben. Der Eheschließungsakt ist in keiner Weise geeignet, die Konkludenz des „stillschweigenden Verhaltens" des Mannes zu erhöhen. Andrerseits fehlen meist die Grundlagen für die Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung in denjenigen Fällen, wo die Ehegatten zwar in gültiger Ehe, aber faktisch getrennt leben.[16]) Im übrigen wird diese stillschweigende Bevollmächtigung der Ehegattin nach denselben Grundsätzen zu behandeln sein, wie die stillschweigenden Bevollmächtigungen der §§ 1029 f. BGB.

Das Gesetz gewährt endlich eine Handhabe auch dafür, den gutgläubigen Dritten gegen die Wirkungen der vertragsmäßigen Güterstände zu schützen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Bestimmung des § 1234, nach welcher jede Gütergemeinschaft nur auf den Todesfall zu verstehen ist, vom Gesetze viel ernster gemeint ist, als heute in Theorie und Praxis angenommen wird. Die Worte „in der Regel" sind nur mit Rücksicht auf die in § 1236 statuierte Ausnahme für den Fall der grundbücherlichen Eintragung des „Rechtes zur Gemeinschaft" beigefügt.[17]) Daß diese Regelung in gewisser Beziehung einen Rückhalt im Volksbewußtsein hat, wurde oben angedeutet. Durch die Bestimmung des § 1234 sollten Gütergemeinschaften unter Lebenden nicht für unwirksam erklärt, sondern nur ihre Rechtswirkungen unter Lebenden beseitigt werden[18]), soweit sie nicht im Grundbuche Ausdruck gefunden haben (§ 1236). Mögen nun die Motive, welche die Redaktoren bei dieser Normierung geleitet haben, welche

[16]) Vgl. Krainz, I, § 123, A. 14 a.

[17]) Vgl. Kafka a. a. O., S. 162 ff.

[18]) Kafka a. a. O., S. 166 ff. und schon Zeiller, N. 1 zu § 1234.

immer sein[19]), wir haben damit einen Anhaltspunkt für die Annahme, daß die Gütergemeinschaft, wenn sie auch von den Parteien als Gemeinschaft unter Lebenden beabsichtigt wäre, gegenüber Dritten, die sich mit den Ehegatten in Rechtsgeschäfte einlassen, eine Wirkung nur soweit zu äußern vermag, als die Gemeinschaft nach außen hin kennbar oder bekannt ist.[20])

---

[19]) Vgl. dazu Kafka a. a. O. Schon Winiwarter, 4, S. 427 f. und Krainz, § 436 haben den Redaktoren das Motiv der Verkehrssicherung unterschoben.

[20]) Mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit schränkt auch der ungarische Entw. die privatrechtlichen Wirkungen auf den Todesfall ein (vgl. oben S. 45) u. zw. unter Berufung auf die bisherige Rechtsentwicklung, auf die wohl das österr. BGB. nicht ohne Einfluß gewesen ist.

V. Das Prinzip des Vertrauensschutzes und seine Grundlage im Naturrechte.

Das österreichische Recht hat in weit umfassenderem Maße als alle anderen modernen Gesetzgebungen dem Gedanken Rechnung getragen, daß das Vertrauen auf den äußeren Tatbestand von Rechten, Rechtsverhältnissen und rechtlich relevanten Momenten zu schützen sei. Auf diesem Gedanken beruht ebenso die Regelung des Verhältnisses zwischen Wille und Erklärung, insbesondere die Irrtumslehre des BGB., wie der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nach § 367, 3, auf ihn geht zurück das Publizitätserfordernis beim Erwerbe dinglicher Rechte an Fahrnis, auf ihm beruht die Publizitätsfunktion der Urkunde, die Lehre von der offenen Vollmacht und die Vollmachtvermutungen des BGB.[1])

In allen diesen Erscheinungen kommt das oben[2]) bereits formulierte Prinzip zum Ausdrucke: Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zu

---

[1]) Zum Teile wurde auf diese Zusammenhänge schon hingewiesen von Ofner, Grünh. Zeitschr., 17 und von Krasnopolski, Redl. Verk., S. 41 f.

[2]) S. 115.

stande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht.

Auch für das österreichische Recht handelt es sich hier nicht um einen Rechtssatz, sondern um ein heuristisches Prinzip, auf dem eine Reihe grundlegender Bestimmungen des BGB. beruht und aus dem weitere Rechtssätze abgeleitet werden dürfen. Das Prinzip bedeutet freie Bahn für die Fortentwicklung des Vertrauensschutzes, die freilich nur im engsten Anschlusse an die Verkehrsauffassung und unter sorgfältiger Abwägung der entgegenstehenden Interessen vor sich gehen kann. Dabei wären zur Lösung von Detailfragen die dem betreffenden Falle zunächstliegenden gesetzlich normierten Fälle heranzuziehen. Dadurch wird sich auch im konkreten Falle der Begriff des „Zutuns" genauer abgrenzen lassen, je nachdem auf die Analogie des fahrnisrechtlichen Verkehrsschutzes oder der Irrtums- oder Vollmachtlehre zurückgegriffen wird. Daraus wird sich auch ergeben, ob der Schutz nur bei entgeltlichen oder auch bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften anzuerkennen sei.

Von besonderer Bedeutung wäre die Anwendung unseres Prinzips auf dem Gebiete des Registerrechtes in jenen Fällen, wo die Rechtsordnung einen Schutz des Vertrauens auf das Register nicht, oder nur in gewissen Fällen statuiert hat. Es wäre damit ein Anhaltspunkt gegeben, um den Dritten in seinem Vertrauen auf solche Registereinträge zu schützen, welche von der Partei selbst veranlaßt sind oder wenigstens mit ihrer Einwilligung geschehen sind. Dem gutgläubigen Dritten gegenüber, der im Vertrauen auf derartige Einträge Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, würde die Partei den Eintrag gegen sich gelten lassen müssen, mag er richtig sein oder nicht. Für das Handelsregister kann ja diese Auffassung heute schon als herrschende bezeichnet werden[3]); man wird sie aber

[3]) Vgl. oben S. 115, A. 2.

auch auf dem Gebiete des Genossenschafts- und Patentregisters zur Anwendung bringen dürfen.[4]) Zieht doch die Praxis selbst aus der Anmeldung eines Betriebes bei der Gewerbebehörde die Konsequenz, daß die Partei die angemeldeten Angaben gutgläubigen Dritten gegenüber gelten lassen muß.[5])

Weitere Anwendungsfälle unseres Prinzips, die den gesetzlich geregelten Fällen nahestehen, wurden bereits im Verlaufe der Darstellung angeführt. Beispielsweise möge noch erwähnt werden, daß es auch auf dem Boden des österreichischen Rechtes keinem Zweifel unterliegen kann, daß der Schuldner in seinem Vertrauen auf die Zessionsurkunde zu schützen ist, welche der alte Gläubiger dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat; es kann dem Schuldner nicht entgegengesetzt werden, daß die Zession nicht erfolgt oder daß sie aus irgend einem Grunde unwirksam sei.[6])

Die in diesem Buche zusammengestellten Erscheinungen lassen sich nicht nur auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückführen, sie sind auch historisch aus einer einheitlichen Idee heraus entstanden, die sich nur als eine Variation unseres Prinzips darstellt.

Wie Kant und seine Nachfolger zwischen dem internen unkennbaren Eigentum und den Zeichen des Eigentums, deren wichtigstes der Besitz ist, unterscheiden, so betrachtet schon das ältere Naturrecht das Wort als Zeichen des inneren unkennbaren Willens. Wie die Kantsche Schule den Eigentümer verpflichtet, sein Recht durch allgemeingültige Zeichen kennbar zu machen, so ist dem älteren Naturrechte der Gedanke eigentümlich, daß der Erklärende verpflichtet sei, seinen Willen

---

[4]) Über die Frage der Publizitätsfunktion des Patentregisters vgl. E. Adler, Grünh. Zeitschr., 27, S. 680 ff., 693 ff.; Benies, JBl., 1896, N. 41 f. Schuloff l. c., S. 146.

[5]) Vgl. die oben S. 247 f. abgedruckten Entscheidungen GUl., II, 122, I, 15.713, ferner A. C., 1843 und 2008.

[6]) Vgl. dazu oben S. 70 f.

durch die im Verkehre üblichen Zeichen zu offenbaren und die Worte im gewöhnlichen Sinne zu gebrauchen.[7]) Wie das Kantsche Naturrecht mit jener Pflicht des Eigentümers die Folge verbunden hat, daß der Dritte das nicht kennbare Recht ignorieren und sich an den kennbaren Tatbestand halten dürfe, so haben die Naturrechtslehrer, und zwar zuerst Thomasius[8]) und nach ihm Martini[9]) aus dem „officium

---

[7]) Pufendorf, De iure nat. et gentium l. 4, c. 1. De sermone et quae eundem comitatur obligatione. § 5: Caeterum uti omnia signa exceptis naturalibus rem certam notant ex impositione; ita eandem impositionem comitatur tacita quaedam aut expressa conventio . . . et pactum, cuius vi necessum sit, ad hanc et non aliam rem notandam ista signa adhiberi. § 7 . . . Sicut et illa generalis est obligatio animi sensa liquidis exprimendi signis, ne noxa aliis praeter meritum inferatur, si secus factum fuerit. Sic denique in commerciis hominum et quibusvis negotiis in quibus ex consensu jus vel obligatio est nascitura, circa ea, quae ad praesentem rem spectant, sensa animi nostri liquido sunt exprimenda illis quibuscum agitur. Thomasius, Instit. iurispr. div. l. 2 c. 8, §§ 14, 35 u. 37; Heineccius, Elementa iur. nat. et gentium l 1, c. 7; §§ 196, 197, 387; Wolf, Instit. iur. nat. et gentium, c. 6 de animi sui sensis alteri significandis, § 346; Nettelbladt, Systema elem. univ. iurispr. nat. § 523 f.

[8]) Thomasius a. a. O., l. 2, c. 7, § 39 . . . putem aequitati naturali convenientissimum esse, si in materia promissorum repetamus regulam iam supra (l. 1, c. 1, § 72) inculcatam: Errorem in dubio semper nocere debere erranti. § 40. Cum enim in promissionibus quilibet sensa animi sui declarare debeat, causa vero contrahendi, objectum item, de quo contrahitur, et persona cum qua contraho, ad naturam pactorum in genere nihil faciant, nulla subest causa, cur alteri error meus, ad quem ille nec dolo nec culpa concurrit, magis imputari debeat, quam mihi. Anklänge an diesen Gedanken finden sich schon bei Grotius, De jure belli ac pacis l. 2, c. 4, § 3: Neque tamen patitur natura humanae societatis ut actibus animi sufficienter indicatis nulla sit efficacia. Ideo quod suffienter indicatum est, pro vero habetur adversus eum qui indicavit.

[9]) Martini, Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts. V. Hauptstück: Von den Pflichten in Äußerung seiner Gesinnungen:

circa sermonem" die Folgerung gezogen, daß sich der anerklärte auf das äußere Zeichen des Willens verlassen dürfe und daß daher der Irrtum grundsätzlich dem Irrenden schade. So begründet denn auch Zeiller[10]) die Irrtumslehre des BGB. mit derselben Erwägung, welche die Kantsche Schule zur Rechtfertigung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers benützt: „In dem äußeren rechtlichen Verkehre der Menschen kann nicht das Innere und Verborgene, es kann nur das Äußere und Erkennbare Norm des Rechts und des Verhaltens sein."

Aber nicht nur zwischen dem Schutze des gutgläubigen Erwerbers und dem Schutze des auf die Erklärung Vertrauenden besteht ein historischer Zusammenhang; auch die Verpflichtung des Vertretenen auf Grund der offenen Voll-

---

94. Der erkläret seine Gesinnungen, der einem anderen eine innere Seelenhandlung, als einen Gedanken oder das Wollen bekannt macht. Dies kann ohne äußere Handlung, als welche ein Zeichen der inneren sein muß, nicht geschehen.

98. Wer sich ungewöhnlicher äußerer Zeichen gebrauchet, das was er denkt anzudeuten; der entdekt dem andern sein Gemüt nicht.

VIII. Hauptstück: Von den Verträgen.

150. Den Willen eines anderen kann man nicht wissen, als aus äußerlichen Zeichen. Folglich nur so, wie sich jemand erkläret, haben wir das Recht, ihn zu beurtheilen. Eine hinlängliche Erklärung gilt dem Willen gleich.

157. Ein Irrtum in dem Vertrage unterschleicht entweder von der Seite des Versprechenden oder des Annehmenden oder eines dritten. Immer muß er aber demjenigen zugerechnet werden, und schaden, welcher desselben Ursache ist. Wenn also nur den Versprecher sein Sinn betrogen hat; so muß ihm auch allein sein Irrthum schaden. Denn was mit Worten erkläret wird ist für den wahren Willen zu halten.

Vgl. auch 15 H., § 296 u. 297, ferner Martini, de lege naturali positiones, § 461. Die Lehre Martinis ist bekanntlich die unmittelbare Grundlage der Irrtumsregeln des BGB.; vgl. dazu Pfersche a. a. O., S. 132 f.

[10]) Zu § 875, 1.

macht wird schon von Wolf auf denselben Gedanken zurückgeführt, auf dem die Irrtumslehre des Thomasius beruht.

Er führt aus[11]): Quoniam mandatarius tuo nomine agit; quod intra fines mandati agit, tu fecisse putandus es: cumque de voluntate tua alteri constare non possit, nisi ex mandato manifesto; quod mandatarius facit intra fines mandati manifesti, id a te factum recte sumit is cum quo agitur. Dazu zitiert er § 318, welcher lautet: Quoniam vero de voluntate alterius constare nobis nequit, nisi quatenus eandem sufficienter declarat; quod verbis vel alio quocunque modo sufficienter significatur id contra ipsum pro veritate habetur.

Und wenn endlich Zeiller[12]) die Haftung des Ausstellers der Vollmachturkunde damit begründet, daß der Aussteller sich vorsehen konnte und sollte, „wem er seine Vollmacht und seine Rechte anvertraue", und dazu auf § 367, 3, verweist, so werden wir zugeben müssen, daß die Naturrechtsschule, der ja auch der Vertrauensschutz unseres BGB. im wesentlichen seine Entstehung verdankt, schon jene Zusammenhänge erkannt hat, deren Klarstellung in dieser Arbeit versucht wurde.

[11]) A. a. O., § 553,
[12]) Zu § 1026, 2.